Das gesetzliche Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Dr. phil. Georg Kühlhorn
aus Quedlinburg.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547026_0019

Dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung.

§ 1. Allgemeines 1
§ 2. Historisch-Genetisches 3

II. Umfang und Inhalt des Konkurrenzverbotes.

§ 3. Der legislatorische Zweck des Konkurrenzverbotes 7
§ 4. Die Begriffe Prinzipal und Handlungsgehilfe 10
§ 5. Das Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben 17
§ 6. Das Verbot, in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen 26
§ 7. Die Geltungsdauer des Konkurrenzverbotes 35

III. Rechtsfolgen der Verbotsverletzung.

§ 8. Allgemeines 40
§ 9. Verhältnis der beiden Hauptrechte des Prinzipals zueinander . . . 43
§ 10. Der Schadensersatzanspruch 48
§ 11. Das Eintrittsrecht 50
§ 12. Sonstige Rechte des Prinzipals 57
§ 13. Verjährung der aus der Verbotsverletzung hervorgehenden Ansprüche des Prinzipals 62

§ 14. **IV. Zustimmung (Einwilligung und Genehmigung) des Prinzipals** . 65

Literaturverzeichnis.

Abraham, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsrecht. Diss. Erlangen 1911.
Allart, Traité théorique et pratique de la concurrence déloyale. Paris 1892.
Anschütz-Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Erlangen 1868.
Arndt, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsgesetzbuche. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.
Becher, Die Konkurrenzklausel in ihrer rechtlichen und sozialen Bedeutung. Diss. Würzburg 1911.
Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin und Leipzig 1886.
Bender, Grundsätze des engeren Handelsrechts. Darmstadt 1824.
Brand, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1911.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
v. d. Borght, Das Recht des Handlungsgehilfen. Berlin 1909.
Busch im Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes. Berlin (Guttentag) 1897.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens: Die allgemeinen Lehren. Bd. 1. Halle 1902.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens: Die Schuldverhältnisse. Bd. 2. Abt. 2. 1./2. Aufl. Halle 1901.
Deutsche Juristenzeitung.
Diß, Das Eintrittsrecht des Prinzipals und die Aufhebung des Geschäfts durch den Handlungsgehilfen. Diss. Leipzig 1913.
Donath, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1909.
Dörken, Das Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1911.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 2. Aufl. Mannheim 1908.
Ehrenbacher, Der kaufmännische Lehrvertrag. Diss. Erlangen 1907.
Ehrenberg, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Leipzig 1913.
Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Halbbd. 1. Leipzig 1881.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen und Stuttgart.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Fuld, Das Recht des Handlungsgehilfen. Hannover 1897.
Gareis, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. München 1905.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Bd. 1. Berlin 1901.
Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 3. Aufl. Stuttgart 1891.
de Guehery, Das Konkurrenzverbot im früheren und heutigen Recht. Diss. Leipzig 1907.
Guggisberg, Die Konkurrenzklausel mit besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis. Bern 1907.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Materialien zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1897.
v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Braunschweig 1894.
Hartmann, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen nach dem alten und neuen Handelsgesetzbuch. Berlin 1903.
Hasenkamp, Das Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen. Diss. Greifswald 1899.
Hering, Das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.
Horrwitz, Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. 2. Aufl. Berlin 1905.
Juristische Wochenschrift.
Künzel, Das Konkurrenzverbot im Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. 5. 1897. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1905.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. Berlin 1902.
Lubzinsky, Das Eintrittsrecht des Prinzipals in Eigengeschäfte des Gehilfen. Leipzig 1891.
Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Würzburg 1858.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
v. Mantey, Das Konkurrenzverbot für Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.
Meyer, Das Handelsverbot für den Handlungsgehilfen. Diss. Leipzig 1911.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig.
Neumann, Das Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Oesterheit, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.
Pappenheim, Die Kaufmannseigenschaft des Kommanditisten. Sonderabdruck: Festgabe der Kieler Juristenfakultät für Hänel. Kiel und Leipzig 1907.
Pappenheim, Zum Kaufmannsbegriffe des Handelsgesetzbuches. In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht Bd. 4 S. 1 ff.
Pilz, Hermann, Der Prinzipal und seine Angestellten in ihren gegenseitigen Rechten und Pflichten. Leipzig 1898.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. Berlin 1907.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 1. Einleitung und allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1903.
Richter, Das gesetzliche Konkurrenzverbot für den Handlungsgehilfen. Diss. Leipzig. 1911.
Ritter, Die allgemeinen Lehren des Handelsrechts. Berlin 1900.
Roscher, System der Volkswirtschaftslehre. Bd. 1. Berlin 1898.
Roth, Das Handelsverbot für den Handlungsgehilfen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.
Rustige, Die rechtliche Stellung des Handelsvolontärs. Diss. Tübingen 1908.
Schaffrath, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote im Handelsgesetzbuche v. 10. 5. 1897. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.
Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München-Berlin.
Sievert, Das Konkurrenzverbot des Handlungsgehilfen. Diss. Rostock 1901.
Sohm, Der Kommanditist ein Kaufmann? In der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht Bd. 3 S. 594 ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1912.

Stichelmann, Der Handlungsgehilfe und die Konkurrenzklausel. Diss. Erlangen. 1908.

Tiedemann, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote und die Konkurrenzklausel des Handlungsgehilfen nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.

Wehmann, Die gesetzlichen Konkurrenzverbote des Handelsgesetzbuches. Diss. Jena 1911.

Wehmann, Lübeckische Zunftrollen. Lübeck 1872.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 8. Aufl. Frankfurt 1901.

Wolff, Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts. In der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke. Bd. 2. Berlin 1910.

Zernick, Die Kündigung des Handlungsgehilfenverhältnisses. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1909.

Vorwort.

Es gibt wenige Gebiete des Handelsrechts, die in den letzten Jahren Gegenstand so eingehender wissenschaftlicher Betrachtung geworden sind, wie die Frage des Konkurrenzverbotes. Allein an Dissertationen besteht eine stattliche Fülle. Die Existenz dieser Literatur ist dem Verfasser der vorliegenden Arbeit nicht unbekannt. Wenn er es trotzdem gewagt hat, oft bebautes Land nochmals zu durchpflügen, so war für ihn der Gedanke maßgebend, daß die meisten der bereits vorhandenen Arbeiten einen rein kompilatorischen Charakter tragen, andere wiederum sich allzu ängstlich auf ein zu enges Problem, das Eintrittsrecht des Prinzipals, beschränken. Beides hat der Verfasser dieser Arbeit vermieden, er hofft, daß seine Darstellung auch in manchen Punkten zu neuen befriedigenden Resultaten geführt hat.

I. Einleitung.

§ 1.

Allgemeines.

Unser ganzes heutiges Wirtschaftsleben steht seit beinahe einem halben Jahrhundert unter dem beherrschenden Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit, das in der Reichsgewerbeordnung v. 21. 6. 1869 zum erstenmal einheitlich durchgeführt und gleich in § 1 Abs. 1 klar ausgesprochen ist: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet". In diesem wichtigen Grundsatz, der natürlich auch den Betrieb eines Handelsgewerbes mit umfaßt, liegen, wie Abraham (S. 1) richtig andeutet, die Wurzeln unserer wirtschaftlichen Macht; in dieser freien Kraftentfaltung, die unter Aufräumung des mittelalterlichen Zunft- und Gildenzwanges einem jeden zugesichert wird, ist zum großen Teil die Ursache des wirtschaftlichen Aufschwunges zu suchen, den Deutschlands Handel und Gewerbe in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts genommen haben. Aber dieses Prinzip, das man als einen originellen Seitentrieb des Schlagwortes von der Freiheit der Persönlichkeit ansprechen muß, wie es bei uns aus England und Frankreich gegen Ende des 18. Jahrhunderts importiert wurde, findet in sich selbst die Grenzen seiner Anwendungsmöglichkeit. Freiheit ist nicht gleichbedeutend mit schrankenloser Willkür, der bei einer lückenlosen Durchführung dieses an und für sich historisch notwendigen Gedankens Tür und Tor geöffnet wäre. Aus diesem Gesichtspunkte heraus, der sowohl das Interesse der Allgemeinheit wie das einzelner Personenkreise ins Auge faßt, ergaben sich für den Gesetzgeber sowohl in öffentlichrechtlicher wie in privatrechtlicher Beziehung Begrenzungen und Einschränkungen, die schon in dem Nachsatz „soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen und Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind" angedeutet werden. Dem öffentlichen Rechte gehören unter anderem die §§ 16 ff., 29 ff. RGewO. an, die die Notwendigkeit obrig-

keitlicher Genehmigung für den Betrieb gewisser Arten von Gewerben aussprechen; ferner sind hier eine Reihe von Paragraphen des Reichsbeamtengesetzes, des Reichsmilitärgesetzes, des Börsen- und Bankgesetzes und andere Bestimmungen teils sachlicher, teils persönlicher Art zu nennen, die ganzen Personenkreisen die Vornahme gewisser Handelsgeschäfte von vornherein untersagen.

Diesen gesetzlichen Vorschriften stehen, derselben Absicht der maßvollen Einengung einer sonst unkontrollierbaren Durchführung des Rechts auf Ellenbogenfreiheit im Erwerbsleben entspringend, die privatrechtlichen Beschränkungen zur Seite, die das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 in den Paragraphen über das Konkurrenzverbot und über die Konkurrenzklausel aufstellt. Ihr gemeinsames Charakteristikum ist, daß sie beide, eine obligatio in non faciendo darstellend, bestimmte Personen des Handelsstandes, in erster Linie die Handlungsgehilfen, in ihrer gewerblichen Tätigkeit hemmen; sie begründen beide auf seiten des Angestellten ein Schuldverhältnis, bei dem die Leistung in einer Unterlassung während einer gewissen Zeit besteht. In der näheren Fixierung des Zeitraumes nun, für den sie anzusprechen sind, liegt ihr artbildender Unterschied. Die Konkurrenzklausel findet ihre Gültigkeit für die Zeit „nach Beendigung des Dienstverhältnisses", sie schützt den Prinzipal vor einer Wettbewerbstätigkeit seines bisherigen Gehilfen; das Konkurrenzverbot dagegen erstreckt sich auf den Zeitraum, in dem das Verhältnis noch nicht gelöst ist. Wir haben es hier mit der letzteren Art zu tun, die in ihrem Begriffsumfang größer ist als die Konkurrenzklausel, denn sie betrifft außer den Handlungsgehilfen auch die Handlungslehrlinge sowohl wie die persönlich haftenden Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft und die einer Kommanditgesellschaft auf Aktien. Seine gesetzliche Regelung findet das Konkurrenzverbot in den §§ 60, 76, 112, 161 Abs. 2, 236, 326 HGB.

Von diesen Paragraphen, die sich unserer oben gegebenen Erörterung nach definieren lassen als gesetzliche Bestimmungen, welche den betreffenden Personen während der Dauer ihres Vertragsverhältnisses jede konkurrierende Tätigkeit untersagen, bildet der an erster Stelle genannte den Gegenstand dieser Abhandlung. Dabei sind allerdings besonders im dritten Hauptteil die §§ 61 u. 72 heranzuziehen, die die Überschreitung des Konkurrenzverbots mit den sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen behandeln.

Zunächst jedoch sei es uns gestattet, diesen historisch gewordenen Begriff, der in der juristischen Literatur unserer Tage eine so bedeutsame Rolle spielt, genetisch zu betrachten, d. h. kurz die Frage nach seinem Ursprunge und historischen Werdegang aufzuwerfen.

§ 2.

Historisch-Genetisches.

In seiner jetzigen Definition, die das Konkurrenzverbot in den §§ 60 u. 61 HGB. v. 10. 5. 1897 erhalten hat, ist dieser Begriff ebenso wie die Konkurrenzklausel[1]) ausschließlich das Produkt einer neueren Zeit mit ihren unendlichen kommerziellen Kombinationsmöglichkeiten und einer Jurisdiktion, die dieser gesteigerten wirtschaftlichen Konjunktur, wie sie sich unter dem Schutze der Gewerbefreiheit — in Preußen durch das Gewerbesteueredikt v. 2. 11. 1810 eingeführt — entwickelt hat, nachzukommen suchen mußte. Aber in seinen ursprünglichen Wurzeln geht er in frühere Jahrhunderte zurück.

Das römische Recht freilich kannte ihn gar nicht. Zwar finden wir im Gegensatz zu späteren Zeitläuften der menschlichen Wirtschaftsgeschichte auch schon im alten Rom die logische Grundlage einer jeden die absolute Gewerbefreiheit einschränkenden Bestimmung, d. h. das System der Gewerbefreiheit selbst.[2]) Aber die Frage, ob diese Freiheit durch Bestimmungen des Gesetzes oder durch persönliche Verabredung den Angestellten gegenüber eingeschränkt werden dürfe, konnte begreiflicherweise nie aufgeworfen werden. Denn freie Handlungsgehilfen im Sinne des § 59 HGB. gab es überhaupt nicht, der Gewerbetreibende bediente sich als Hilfspersonen seiner Gewaltuntergebenen, d. h. seiner Sklaven und seiner Söhne, deren Kräfte ihm uneingeschränkt zur Verfügung standen. Jedes Geschäft, das diese eingingen, schlossen sie ipso iure für ihn ab, nur durch ihn fand es seine Sanktionierung, und was sie erwarben, erwarben sie für ihn, den dominus oder pater familias. Ein selbständiges Handeln der Untergebenen war, selbst wenn sie den Willen dazu hatten, unmöglich. Ihre Freiheit war mit einer Ringmauer umgeben, die den Gedanken an eine Interessenkollision zwischen dem dominus und dem servus von vornherein ausschloß.

So sehen wir: der Begriff des Konkurrenzverbotes ist noch nicht geboren; die sozialen Verhältnisse Roms hindern sein Inslebentreten. Wenn wir in der Menschheitsgeschichte einen Schritt weitergehen, so treffen wir Verhältnisse an, die zwar positive Bestimmungen im Sinne unserer heutigen Gesetzesparagraphen über das Konkurrenzverbot auch nicht aufweisen, die aber doch den sicheren Rückschluß zulassen, daß dieser Begriff sich unter dem

---

[1]) Becher S. 9—12 und Guggisberg S. 16—20.
[2]) s. hierüber Goldschmidt S. 67 und Roscher S. 263.

Druck der sozialen Verhältnisse gebildet hat und nicht mehr gänzlich unter der Schwelle des Bewußtseins ruht. Ebensowenig wie im römischen Recht finden wir in den deutschen Stadtrechten, Gildestatuten und Zunftrollen ein dem heutigen Konkurrenzverbot absolut adäquates Vertragsinstitut. Der Grund dafür liegt in der vollkommenen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Gehilfen von seinem Prinzipal, die jenem eine freie gewerbliche Tätigkeit von vornherein unterband. Das Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit, das wie ein Zauberspruch unendliche latente Kräfte löste und neue Lebensquellen erschloß, war noch nicht gefunden, das wirtschaftliche System der freien Konkurrenz, ohne das ein Konkurrenzverbot undenkbar ist, war eine terra incognita. Das mittelalterliche Zunft- und Innungswesen und das System der Konzessionierung schränkten wie mit Eisenklammern den Gewerbebetrieb zugunsten bestimmter Personenklassen und des Staates ein. Dieser Zustand dauerte jahrhundertelang an, und als man im Jahre 1791, Adam Smithsche und Turgotsche Ideen in die Praxis umsetzend, in Frankreich bestimmte: „il sera loisible à toute personne d'exercer tel métier ou tel négoce qu'elle jugera convenable“,[1]) war man bei uns von einer solchen Einführung der freien Konkurrenzmöglichkeit noch weit entfernt. Diese aber war die logische Basis, der notwendige ursächliche Grund jeder ihr diametral entgegengerichteten Negativbestimmung.

Das absolute Fehlen eines solchen gesetzlichen Verbots schließt jedoch nicht aus, daß in praxi ab und zu Fälle eigener Tätigkeit der Gesellen, Knapen oder Knechte für Kunden ohne Mitwissen ihrer Meister vorgekommen sind; Hartmann (S. 4) und nach seinem Vorgang Meyer (S. 3) leugnen dies zwar im Hinblick auf die „stramme Subordination und unverbrüchliche Treue“, die die erste Pflicht des Gehilfen dem Prinzipal gegenüber bildete. Aber wie will man die ausdrücklichen Verbote für die Gesellen erklären, Meisterarbeit zu verrichten, Verbote, wie sie sich z. B. in den Lübeckschen Zunftrollen finden?[2]) Bedeutsam ist jedoch auch hier, daß es selbst in Lübeck, wo sich von allen deutschen Städten dieser Begriff am deutlichsten herausschält, für die kaufmännischen Angestellten keine solche einschränkenden Satzungen gab.

Das Land, das den Begriff des Konkurrenzverbots zum erstenmal in das Licht legislatorischer Erwägung zog und bindende Satzungen aufstellte, die unseren handelsrechtlichen Einschränkungen des § 60 HGB. verwandt zu nennen sind, ist Italien,

---

[1]) Allart S. 259.
[2]) Wehrmann S. 116.

die Heimat so mancher Usancen, Benennungen und Bestimmungen unseres Handelslebens. Goldschmidt, der einzige, der über diesen Punkt wirklich selbständige Forschungen angestellt hat, und der ausnahmslos von sämtlichen Epigonen zitiert wird, hat nachgewiesen, daß bereits im 13. und 14. Jahrhundert ein ausdrückliches Verbot, Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung zu betreiben, in den kommerziell damals hoch entwickelten italienischen Handelsstädten für die famuli, institori, fattori aufgestellt ist. Einen überzeugenden Beleg geben dafür die Statuta di Calimala von 1301 bis 1332.[1])

Aber wie bereits gesagt, es sollte lange dauern, bis diese erste gesetzliche Fixierung ihre Strahlen nach Deutschland herüberwarf. Das Bollwerk traditioneller wirtschaftlicher Engherzigkeit und Eigenbrödelei, das Zunftwesen, mußte fallen, die Vorbedingung einer großzügigen Entwicklung unseres Wirtschaftslebens, die Freiheit gewerblicher Betätigung mußte ins Leben gerufen werden, ehe das Bedürfnis nach einer legislatorischen Regelung der einander entgegenstrebenden Interessen des Kaufmanns und seiner Angestellten fühlbar wurde. Dies trat um so mehr hervor, je deutlicher das Zunftwesen verfiel, und je mehr bei einem allmählichen Schwinden der früher absoluten Abhängigkeit der Gehilfen von ihrem Prinzipal für jene die Möglichkeit eigener Gewerbetätigkeit gegeben war. Aber erst 1794 erfüllte das allgem. preuß. Landrecht dieses Bedürfnis. In Teil II Titel 8 §§ 523—525 heißt es:

> „Ohne ausdrückliche Erlaubnis des Prinzipals darf kein Faktor Handelsgeschäfte auf eigene Rechnung betreiben." — „Hat er es dennoch getan, so gehört aller dadurch erhaltener Gewinn dem Prinzipal."—
>
> „Besteht eine solche Handelsunternehmung aus mehreren verbundenen Geschäften, so muß der Prinzipal, wenn er sich den Vorteil bei dem einen Geschäfte zueignen will, auch den Schaden bei den übrigen mit übernehmen."

Diese erste gesetzliche Regelung des Konkurrenzverbotes auf deutschem Boden, die sofort vom bad. Handelsgesetzbuch in Art. 7 angenommen wurde,[2]) trägt trotz ihrer klaren Fassung doch den Stempel der Unvollkommenheit an sich. Einmal rein objektiv: es waren von ihr nur solche Geschäfte betroffen, die der Faktor auf eigene, nicht aber die, die er auf fremde Rechnung

---

[1]) Goldschmidt S. 249ff.
[2]) vgl. Hartmann S. 5.

einging, sodann fehlte aber vor allen Dingen in subjektiver Beziehung eine Ausdehnung auf sämtliche kaufmännischen Angestellten, nicht bloß auf den ersten Handlungsdiener und Vertreter des Prinzipals. Beide Mängel wurden wohl herausgefunden, und wenn sich auch der letztere aus der zu Ende des 18. Jahrhunderts noch existierenden wirtschaftlichen und sozialen Schwäche des Handlungsgehilfenstandes erklärte,[1]) so machte es sich doch bereits in der Mitte des folgenden Jahrhunderts nötig, diese Mängel, wenn auch nur nacheinander, abzustellen und in dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten (1857) in den Art. 46 u. 50 und in dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 56 u. 59) das Verbot nicht nur für den Faktor und Handlungsbevollmächtigten — deren Stellung entsprach ungefähr der des heutigen Prokuristen[2]) — auszusprechen, sondern es auch auf alle Handlungsgehilfen auszudehnen und ihnen das Geschäftemachen an sich in irgendwelchem Zweige, sei es für eigene oder eines Dritten Rechnung, zu untersagen. Sogar die offenen Gesellschafter und die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft wurden mit inbegriffen.[3]) Nachdem im Jahre 1884 durch die Aktiennovelle die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft und die Komplementäre einer Kommanditgesellschaft auf Aktien unter das Verbot gestellt worden waren, gab schließlich das neue Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 diesen Bestimmungen eine neue verbesserte Form. Die §§ 60 u. 61 HGB. enthalten, obwohl sie offensichtlich auf den Art. 56 u. 59 a. HGB. fußen, doch wesentliche Abweichungen sowohl in bezug auf den davon betroffenen Personenkreis wie in bezug auf die Art der in Frage kommenden Geschäfte. Von den kaufmännischen Angestellten sind nur die Handlungsgehilfen und die Lehrlinge dem Verbot unterworfen, dagegen nicht mehr die Prokuristen, da, wie die Denkschrift mit Recht hervorhebt, das Konkurrenzverbot nur in dem dauernden Dienstverhältnis und nicht in der Vollmacht seine Rechtfertigung findet. Eine weitere Milderung der früheren Fassung liegt darin, daß im Gegensatz zu Art. 56 u. 58 a. HGB. nicht die selbständige handelsgewerbliche Tätigkeit an sich verboten ist, sondern nur insoweit, als sie sich im Geschäftszweige des Prinzipals abspielt. Allerdings muß in diesem weitgespannten Rahmen der Angestellte nicht nur auf Handelsgeschäfte für eigene, sondern, wie bereits früher, auch auf solche für fremde Rechnung verzichten.

---

[1]) vgl. Schaffrath S. 4 und Arndt S. 3.
[2]) vgl. Bender S. 105.
[3]) vgl. Lutz.

II. Umfang und Inhalt des Konkurrenzverbotes.

§ 3.

Der legislatorische Zweck des Konkurrenzverbotes.

Das Konkurrenzverbot, das wir am Schluß unserer historisch-genetischen Betrachtung in seinen Beziehungen zu den Fassungen charakterisiert haben, die man in den unmittelbar vorhergehenden Handelsgesetzbüchern den entsprechenden Bestimmungen gegeben hatte, hat hinsichtlich des Handlungsgehilfen in §§ 60 u. 61 HGB. folgende Form erhalten:

> § 60: Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe betreiben, noch in den Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.
>
> Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebes nicht ausdrücklich vereinbart.
>
> § 61: Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern, er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete.
>
> Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschlusse des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an.

Bevor wir zu einer rein juristischen Analyse dieser beiden Paragraphen übergehen, sei es uns gestattet auf das Wesen des Konkurrenzverbotes überhaupt, wie wir es bereits kurz gekennzeichnet haben, zurückzugreifen. Das Konkurrenzverbot ist eine gesetzliche Bestimmung, die für den davon Betroffenen, in unserem Fall für den Handlungsgehilfen, eine obligatio in non faciendo, d. h. ein Schuldverhältnis begründet, bei dem die Leistung in einer Unterlassung besteht; und zwar wird dem Handlungsgehilfen die vom

Prinzipal nicht genehmigte gewerbliche Tätigkeit untersagt. Der legislatorische Zweck dieses Verbotes ist der Schutz des Geschäftsherrn, und zwar in doppelter Beziehung. Zunächst soll ihm die Arbeitskraft, das Interesse und die Aufmerksamkeit des Angestellten, soweit es sich um dessen kaufmännische Persönlichkeit handelt, in ungeteilter Form erhalten bleiben.[1]) Aus diesem Gesichtspunkte heraus erwuchs das Verbot, daß der Handlungsgehilfe ohne Einwilligung des Prinzipals überhaupt ein Handelsgewerbe betreibe. Denn würde ihm vom Gesetz die Freiheit gegeben, neben seiner dienstlichen, ihm durch den Anstellungsvertrag auferlegten Pflicht irgendwelche andere private Tätigkeit handelsgewerblicher Art auszuüben, so müßte dies in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle zu einer Spaltung seiner Aufmerksamkeit, zu einer Teilung seiner Arbeitskraft und voraussichtlich zu einer überwiegenden Betonung seiner besonderen Eigeninteressen führen, und eine mehr oder weniger bedeutsame Schädigung des Dienstberechtigten würde die unausbleibliche Folge sein.[2]) Anderer Meinung über den leitenden Gedanken des Gesetzgebers bei der Aufstellung des § 60 ist Staub, der (S. 325) behauptet, das Verbot solle nur verhüten, daß der Handlungsgehilfe die besonderen Verantwortlichkeiten eines Kaufmanns auf sich lade. Diese Ansicht ist zu verwerfen, denn die Einwilligung des Prinzipals gibt den verbotswidrigen Geschäften Daseinsberechtigung, hebt also die Bestimmung auf. Der Gesetzesparagraph ist aus dem praktischen Leben erwachsen und nicht aus einer begrifflichen Abstraktion. Der Ansicht von Staub ist übrigens nur v. Mantey gefolgt.[3])

Sodann aber soll auch verhütet werden, daß dem Prinzipal von seinem eigenen Angestellten in mehr oder weniger insidioser, das Vertrauensverhältnis verletzender Weise in seinem Geschäfte selbst während des Bestehens des Dienstvertrages Konkurrenz gemacht werde.[4]) Die Stellung und die Tätigkeit des Handlungsgehilfen bringen es mit sich, daß er einen gegebenenfalls recht gefährlichen Einblick in den Betrieb, den Kundenkreis, die Bezugsquellen, die Einkaufspreise, Absatzgebiete und in etwaige Eigenheiten und Geheimnisse des Geschäfts erhält. Wäre es ihm unbenommen, diese Kenntnisse während seiner Anstellung ungehindert zu Wettbewerbsgeschäften im Handelszweige des Unternehmens auszunützen, so würde in ihm der Prinzipal einen Konkurrenten

---

[1]) vgl. v. d. Borght S. 55.

[2]) vgl. Wehmann S. 5/6; Behrend S. 324; Horrwitz S. 55; Hartmann S. 2.

[3]) a. a. O. S. 18.

[4]) Hierzu äußern sich im gleichen Sinne Makower S. 608; Lehmann S. 203; Pilz S. 35/36; Hartmann a. a. O.; Horrwitz S. 54.

erhalten, den er sich selbst unter Aufwand von Gehaltskosten großgezogen hätte. Es würde ihm also nicht nur durch die Spaltung der Arbeitskraft seines Angestellten ein Schaden erwachsen, sondern er würde wahrscheinlich noch schwerer durch eine Ausbeutung der besonderen Betriebskenntnisse von seiten des Dienstverpflichteten in seinem wirtschaftlichen Interesse verletzt werden. Daher ist auch nach dieser Richtung hin die selbständige Erwerbstätigkeit des Handlungsgehilfen unterbunden, es ist ihm untersagt, „in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen".

Soviel über die Motivierung des § 60, dem eine dem Gesetze und der Realität ohne weiteres zu entnehmende doppelte ratio legis zugrunde liegt. Man sieht, nur mit Rücksicht auf den zuletzt erwähnten Teil läßt sich der Ausdruck Konkurrenzverbot im eigentlichen Sinne des Wortes aufrechterhalten, während man die erste Bestimmung folgerichtig oft als Handelsverbot bezeichnet.[1]) Die von Gareis[2]) vorgeschlagene Benennung „Gewerbeverbot" trifft, wie Meyer (S. 5/6) hervorhebt, nicht das Richtige, denn das Verbot erstreckt sich nur auf ein Handelsgewerbe, nicht auf jedes Gewerbe überhaupt.

Die praktische Wirksamkeit dieses Verbotes ist von v. Mantey (S. 18) und im Anschluß daran von Oesterhelt (S. 13) und Richter (S. 8) in Frage gestellt worden. Diese Autoren sind der Ansicht, daß der Zweck des § 60, eine Konzentration der Tätigkeit des Handlungsgehilfen auf das Geschäft seines Prinzipals herbeizuführen, nicht ausnahmslos erreicht werde, und daß in der Erlaubnis des Angestellten, sich mit einem anderen Gewerbe, das kein Handelsgewerbe ist, zu befassen, oder irgendeine Nebenbeschäftigung zu betreiben, eine Kunst auszuüben usw., eine Lücke des Gesetzes zu finden sei. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. In der maßvollen Fassung des Konkurrenzverbotes liegt ein moderner, unentbehrlicher Zug, den man nicht ausschalten kann, ohne der ganzen Bestimmung einen unzeitgemäß engherzigen Charakter zu geben. Denn bei einer ausschließlichen Konzentrierung der Tätigkeit des Handlungsgehilfen in dem viel zu weit gefaßten Sinne, in dem die genannten Autoren das Gesetz auslegen, würde es dem Dienstverpflichteten verboten sein, zu der Ausweitung und Vertiefung seiner Bildung oder zu einer praktisch nutzbringenden Verwendung seiner Mußestunden die Hand anzulegen. Und abgesehen davon, daß diese materielle und ideelle Einengung einen viel zu weitgehenden Eingriff in die individuelle

[1]) So z. B. Hasenkamp S. 15.
[2]) a. a. O. S. 56.

Freiheit des Angestellten bedeutete, würde eine solche Bestimmung auch in ihrer endgültigen Wirkung genau dasselbe absolute Untergebenenverhältnis herbeiführen, das bei einem gänzlichen Fehlen des Konkurrenzverbotes bestünde, wo dann die Handlungsgehilfen nur durch die allerstrengsten Vertragsstrafen gezwungen werden müßten, ihre ganze kaufmännische Tätigkeit dem Prinzipal zur Verfügung zu stellen. Das gegenseitige Vertrauen, das, wie die Denkschrift (S. 305/306) sagt, jetzt die erfreulich moderne Grundlage der Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Angestellten ist, würde in beiden Fällen in gleicher Weise schwinden und dem Mißtrauen und der Unzufriedenheit weichen.

Übrigens sieht am Schlusse seiner Erörterung Richter auch das Haltlose seiner Ansicht halb und halb ein, und gestützt auf Goldmann,[1]) weist er darauf hin, daß im Falle einer Pflichtverletzung, die sich der Handlungsgehilfe infolge einer allzu starken Hervorkehrung seiner Privatinteressen zuschulden kommen läßt, der Prinzipal jederzeit das Recht hat, ihn zu entlassen (nach §§ 70, 72 HGB.). Der Geschäftsherr ist dabei umsomehr gedeckt, als ihm, wie wir später sehen werden, vom Gesetz ein Ersatzrecht für den aus der Verletzung der Vertragspflicht resultierenden Schaden zugesprochen wird.

§ 4.

Die Begriffe Prinzipal und Handlungsgehilfe.

Im Gegensatz zu dem alten Handelsgesetzbuch, das in Art. 41 den Begriff des Prinzipals definiert, verzichtet das neue Handelsgesetzbuch gänzlich darauf, das Wesen der Prinzipalität festzulegen. Nach dem ersteren wurde der Prinzipal als „Eigentümer einer Handelsniederlassung" bezeichnet. Diese Bestimmung ist aber, wie das in der Literatur schon oft hervorgehoben ist,[2]) in mancher Hinsicht ungenau, trotzdem sie noch von Dörken (S. 8) im Anschluß an v. Hahn (S. 245) festgehalten wird. Der Begriff der Prinzipalität ist nicht ausschließlich auf das Eigentum gestellt; jeder Besitzer, auch der Pächter und der Nießbraucher eines Handelsunternehmens, das er unter eigener Firma führt, kann Prinzipal sein.[3]) Bei der Fixierung dieses Begriffes wird man am besten tun, wenn man, von der ethymologischen Bedeutung des Wortes princeps ausgehend, darunter den Inhaber eines

[1]) a. a. O. S. 296.

[2]) vgl. hierüber Gareis S. 76, Goldmann S. 303, Lehmann und Ring S. 152, Makower S. 197, v. Mantey S. 24, Roth S. 5.

[3]) vgl. hierüber Anschütz-Völkerndorf S. 113.

Handelsgeschäftes versteht, soweit sein Verhältnis zu den ihm unterstellten Handlungsgehilfen und Lehrlingen in Frage kommt. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, daß er Kaufmannseigenschaft besitzt, mag er nun Vollkaufmann nach §§ 1—3 HGB. oder Minderkaufmann nach § 4 sein. Das Herrschaftsverhältnis, das diesem Begriff innewohnt, der Gegensatz zwischen dem Geschäftsinhaber und seinen Angestellten, wie es gerade in dieser Bezeichnung klar zutage tritt, wird übrigens vom Gesetzgeber auch schon dadurch besonders unterstrichen, daß dieser Ausdruck lediglich im sechsten Abschnitt des Handelsgesetzbuches angewandt wird, der von den Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen handelt. Düringer-Hachenburg, die diese rein interne Seite am Begriff der Prinzipalität übersehen und ihr Wesen in der äußerlich repräsentativen Funktion des Geschäftsherrn erblicken, kommen dabei zu der ganz irrigen Schlußfolgerung, daß die Prinzipalitätseigenschaft auf die physische Person zu beschränken sei und nie eine bloß juristische ihr Träger sein könne.[1]) Diese Ansicht wird in der Literatur allgemein verworfen, so von Makower (S. 197), v. Mantey (S. 24/25), Neumann (S. 6) und Donath (S. 10); ganz besonders ausdrücklich wird die „grundlose und unzulässige Beschränkung der Prinzipalität auf die physische Person widerlegt von Meyer (S. 10/11).

Bei der Festlegung des Begriffes Handlungsgehilfe kommt uns das Handelsgesetzbuch selbst zu Hilfe. Nach der Legaldefinition des § 59 ist darunter derjenige zu verstehen, der „in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist". Diese Anstellung setzt einen zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen abgeschlossenen Dienstvertrag gemäß § 611 BGB. voraus, in dem der letztere die Ausführung von Diensten kraft Rechtsgeschäfts übernimmt und der erstere sich zur Leistung eines Entgelts verpflichtet. Der Gestaltung dieses Arbeitsvertrages prägt in erster Linie das Handelsgesetzbuch die rechtliche Signatur auf, indem es im sechsten Abschnitt des ersten Buches die Beziehungen zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen regelt; daneben kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, der Gewerbeordnung, der Konkursordnung, die Kranken-, Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetze in Betracht.[2]) Das charakteristische Merkmal dieses Vertrages ist nun, daß er den Handlungsgehilfen dem Prinzipal gegenüber in ein ausgesprochenes Unterordnungsverhältnis stellt, so daß er „in bezug auf die Art der Ausübung seiner Dienstleistungen von den Anordnungen

[1]) a. a. O. S. 399.
[2]) vgl. Lehmann S. 195; ähnlich Meyer S. 12.

der Geschäftsleitung abhängig ist".[1]) Wo dieses typische Untergebenenverhältnis nicht vorliegt, wo, wie Horrwitz (S. 23) sagt, der Angestellte nicht zum unselbständigen Glied des Geschäftsorganismus geworden ist, kann von der Handlungsgehilfeneigenschaft ebensowenig die Rede sein, wie von einer besonderen, den Angestellten übergeordneten Prinzipalität, zu der jene die logisch und tatsächlich unerläßliche Ergänzung bildet. Kein Handlungsgehilfe ist demnach der Agent, selbst wenn er etwa im Anstellungsvertrage als Reisender bezeichnet sein sollte;[2]) ebensowenig der Handelsmäkler und der Provisionsreisende, die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft,[3]) die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung[4]) und die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft. Bei all diesen Personen läßt sich als Charakteristikum ihrer Tätigkeit konstatieren, daß sie nicht von einem Prinzipal abhängig sind, vielmehr als Vertreter der juristischen Person und den übrigen Angestellten gegenüber selbst als Prinzipal, als selbständige Gewerbetreibende gelten.[5])

Liegt ein Dienstvertrag nicht vor, sondern ist jemand, anstatt wie oben, die Dienste rechtsgeschäftlich zu übernehmen, auf Grund gesetzlicher Verpflichtung für den Geschäftsinhaber tätig, so ist auch eine Anstellung im Sinne des § 59 HGB. nicht vorhanden. Wenn also die Ehefrau, die nach § 136 Abs. 2 BGB. zu Arbeiten im Geschäfte des Mannes verpflichtet ist, dies tatsächlich tut, oder wenn das minderjährige Kind gemäß § 1617 BGB. im elterlichen Geschäfte mit hilft, so sind deshalb weder die Frau noch das Kind Handlungsgehilfen; denn sie üben ihre geschäftliche Tätigkeit nicht auf Grund eines Dienstvertrages, sondern auf Grund einer dem familienrechtlichen Verhältnisse entspringenden gesetzlichen Verpflichtung aus. Sie können die Handlungsgehilfeneigenschaft aber erwerben, wenn sie einen Dienstvertrag abschließen, und sie haben die Existenz eines solchen im Falle eines Rechtsstreites nachzuweisen, wenn sie aus ihrer Tätigkeit im Geschäfte irgendwelche Rechte für sich ableiten wollen;[6]) denn beide behaupten Abweichungen von der gesetzlichen Regel, da die Anstellung im Sinne des § 59 BGB. nicht ohne weiteres zu vermuten ist.

Ein weiteres wesentliches Kriterium dieses Begriffes ist die Entgeltlichkeit der Anstellung. Dabei ist es gleichgültig, ob der Handlungsgehilfe, wie das die Regel sein wird, gegen bares

---

[1]) Staub S. 298; ähnlich Goldmann S. 271.
[2]) RG. in LZ. 1908 S. 60.
[3]) ROHG. Bd. 13 S. 181, Bd. 19 S. 59 u. 62, Bd. 21 S. 375.
[4]) OLG. Bd. 8 S. 260 und Horrwitz S. 23.
[5]) Staub S. 298.
[6]) Staub S. 299; Goldmann S. 270; Brand S. 195.

Geld oder gegen Wohnung und Kost tätig ist, ob er seine Vergütung statt in festen Bezügen in Provision oder Tantieme erhält.[1]) Durch die Einführung dieses Momentes der Entgeltlichkeit, das im alten Handelsgesetzbuch dem Handlungsgehilfenbegriff noch nicht eigen war, wurde der kaufmännische Volontär, der seine Dienste unentgeltlich verrichtet, aus der Reihe der Handlungsgehilfen ausgeschaltet.[2]) Diese Folgerung ist der Definition des § 59 HGB. ohne weiteres zu entnehmen, obgleich sich das Gesetzbuch selbst über die rechtliche Lage des Volontärs überhaupt nicht ausspricht. Die praktische Schwierigkeit, die sich bei der Erörterung des Konkurrenzverbotes gerade für den Volontär ergibt und die in der Literatur in ganz verschiedenem Sinne beantwortet ist, die Frage nämlich: Soll man ihn den Bestimmungen des § 60 unterwerfen oder nicht?, resultiert aus der sonst völlig identischen Stellung, die er neben dem Handlungsgehilfen im Rahmen des Geschäftes einnimmt. Er kann einen ebenso guten Einblick in den ganzen Betrieb gewinnen wie dieser, und er kann, gestützt noch durch die größere reale und moralische Bewegungsfreiheit, die seine unbesoldete Tätigkeit ihm läßt, zu einem gefährlichen Konkurrenten des Prinzipals werden. Staub will daher auf das Anstellungsverhältnis des Volontärs alle Vorschriften des Handlungsgehilfenvertrages angewendet wissen, abgesehen von denen, die von der Vergütung handeln; ihm folgen im wesentlichen,[3]) wenn auch nicht ganz so radikal, Düringer-Hachenburg,[4]) Lehmann-Ring,[5]) Ritter[6]) und schließlich auch Oesterhelt,[7]) der die Existenzberechtigung des Konkurrenzverbotes für den Volontär aus dem Vertrauensverhältnis heraus bejaht, in dem dieser zu seinem Prinzipal steht. In entgegengesetztem Sinne äußern sich Goldmann[8]) und Hartmann,[9]) die beide die Entscheidung über diese Frage von Fall zu Fall treffen und sie von der Erwägung der einzelnen konkreten Umstände, insbesondere von den jeweilig getroffenen Vereinbarungen

[1]) Fuld S. 33/34; RG. in JW. 1906 S. 306.

[2]) Man ist in der juristischen Literatur allgemein der Ansicht, daß bei ihm ein Auftragsverhältnis im Sinne des § 662 BGB. gegeben sei. So Staub S. 299/300; Düringer-Hachenburg S. 192; Makower S. 192; Horrwitz S. 26; Meyer S. 21; and. M. sind außer Brand (S. 194) Ehrenbacher S. 18; Stichelmann S. 25 und Rustige S. 27/28, die das Vertragsverhältnis auffassen als einen modifizierten Lehrvertrag.

[3]) Staub S. 299/300.

[4]) Düringer-Hachenburg S. 192.

[5]) a. a. O. S. 151.

[6]) a. a. O. S. 104.

[7]) a. a. O. S. 10/11.

[8]) a. a. O. S. 276.

[9]) a. a. O. S. 7.

abhängig machen wollen. Stellt man sich auf den streng juristischen Standpunkt des Gesetzes, und sucht man durch eine von den Wirklichkeitsverhältnissen abstrahierende, rein logische Interpretation des § 76 HGB., daß nämlich die für den Handlungsgehilfen geltenden Bestimmungen über das Konkurrenzverbot auch auf den Handlungslehrling und implicite auf niemanden sonst anzuwenden sind, die Wahrheit zu eruieren, so muß man den Volontär von dem Zwang des § 60 loslösen und das Charakteristikum seiner Stellung in einer schrankenlosen Freiheit sehen. Hierin würde man zur Not einen Ersatz für die Dienste erblicken können, die er im Laufe seiner Tätigkeit dem Geschäftsherrn ohne Anspruch auf sonstige Vergütung erweist. Aber diese Betrachtung, deren Motivierung hier zum ersten Male gewagt wird, ist irrig; denn der Volontär tritt bei dem Prinzipal nicht mit dem vorgefaßten Zweck ein, seine Kraft ausschließlich in den Dienst des Geschäftes zu stellen, er hat rein egoistische Ziele; er will kaufmännische Fähigkeiten erwerben, seinen kommerziellen Blick weiten und tiefen, er will das Wesen des Handels, soweit es ihm dort vorgeführt wird, kennen lernen, er will sein eigenes Interesse sozusagen auf intellektuelle Art fördern. Dabei ist er sich wohl bewußt, daß ihm der Geschäftsherr durch die Genehmigung seines Eintritts, wie Horrwitz (S. 26) treffend sagt, eine Gefälligkeit erweist. Darum halte ich es für recht und billig, daß man das Konkurrenzverbot, das ein Vertrauensverhältnis schützen soll und das dem Prinzipal vom Gesetzgeber als eine Stütze seines wirtschaftlichen Interesses in die Hand gegeben ist, auf den Volontär ausdehnt. Gleicher Ansicht sind, allerdings unter ganz anderer Begründung, Neumann (S. 13), Hering (S. 7/8), Donath (S. 12/13), Dörken (S. 10/11) und Abraham (S. 12). Eine analoge Anwendung des § 60 HGB. auf den Volontär ist um so mehr angebracht, als es gerade diesem, der sich doch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle von einer Spezialbeschäftigung im Interesse seiner vielseitigen Ausbildung fernhalten wird, besonders leicht gemacht ist, aus seiner freien Stellung Vorteil zu ziehen und gegebenenfalls das geschäftliche Wohl seines Prinzipals um so schwerer zu schädigen. Doch darf hierbei nur das Konkurrenzverbot im eigentlichen Sinne des Wortes, soweit es sich um eine Wahrung der berechtigten Interessen des Geschäftsherrn gegen eine konkurrierende Tätigkeit des Volontärs im Handelszweige seines Prinzipals handelt, in Anwendung gebracht werden. Was das sogen. Handelsverbot betrifft, so erübrigt es sich hier bei der ungebundenen Tätigkeit des Volontärs, der zu persönlichen Bildungszwecken kaufmännische Arbeit leistet, etwas über seine außerdienstliche Beschäftigung zu

sagen. Es kann nicht von ihm verlangt werden, daß er seine ganze Kraft und sein Interesse unentgeltlich dem Geschäfte seines Prinzipals zur ausschließlichen Verfügung stelle; man wird ihm nicht verwehren können, daß er für sich selbst oder einen anderen ein Handelsgewerbe betreibt.

Weiterhin ist es begriffswesentlich, daß die Anstellung des Gehilfen in einem Handelsgewerbe erfolgt;[1]) als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der in den §§ 1—3 HGB. angeführten Arten von Geschäften zum Gegenstand hat. Dabei ist völlig bedeutungslos, ob der Prinzipal Voll- oder Minderkaufmann (§ 4 Abs. 1) ist, erforderlich ist nur seine Qualität als Kaufmann schlechthin. Besitzt der Gewerbetreibende, in dessen Unternehmen der Gehilfe angestellt ist, keine Kaufmannseigenschaft, so ist dieser kein Handlungsgehilfe, selbst wenn er Dienste von rein kaufmännischem Charakter verrichtet. Andererseits sind aber den Bestimmungen der §§ 59 ff. alle diejenigen zu unterstellen, die als kaufmännisches Personal eines zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Scheinkaufmanns in einem Gewerbe arbeiten, das an und für sich nicht als Handelsgewerbe zu gelten hat; sie erwerben die Handlungsgehilfeneigenschaft nach § 5 HGB.

Schließlich sind hier auch noch die kaufmännischen Angestellten des Formkaufmanns oder, wie Lehmann[2]) ihn nennt, des fiktiven Kaufmanns zu erwähnen. Treibt dieser ein Handelsgewerbe im Sinne der §§ 1, II, 2, 3 HGB., so ist das ohne weiteres klar; aber selbst dann, wenn ein Gewerbe anderer Art, ein Bauhandwerk, ein land- oder forstwirtschaftlicher Hauptbetrieb ohne erforderliche kaufmännische Einrichtung oder selbst wenn ein außergewerblicher Beruf oder Betriebsgegenstand in Frage kommt, wird man Wolffs[3]) gründlichen Ausführungen über den kaufmännischen Charakter dieser Unternehmen beistimmen, und, trotzdem es an ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Einordnung in den Handelsgewerbebegriff fehlt, wird man ihrem kaufmännischen Personal die Handlungsgehilfeneigenschaft ohne weiteres zuerkennen.

Als letztes Tatbestandsmerkmal des § 59 HGB. ist es schließlich erforderlich, daß die Anstellung zur Leistung kaufmännischer Dienste erfolgt. Sind alle bisher genannten Vorbedingungen unter Außerachtlassung dieses Kriteriums erfüllt, ist

---

[1]) Goldmann S. 272.

[2]) Lehmann S. 71. S. 70 spricht er von Kaufleuten kraft gesetzlicher Fiktion.

[3]) Wolff bei Gierke S. 125—137.

jemand gegen Entgelt in einem Handelsgewerbe zur Leistung anderer als kaufmännischer Dienste angestellt, so ist er trotzdem kein Handlungsgehilfe, so z. B. die Markthelfer eines Kaufmanns, die man nur als gewerbliche Gehilfen bezeichnen kann, ferner die Kontordiener, die Laufburschen, Kassendiener und alle diejenigen, die wie die Werkmeister und Fabrikarbeiter industriell-technische Dienste leisten.[1]) Was unter kaufmännischen Diensten zu verstehen ist, sagt das Gesetzbuch selbst nicht. Wir sind hierbei auf die Verkehrsauffassung angewiesen.[2]) In Übereinstimmung mit einer Reichsoberhandelsgerichtsentscheidung[3]) definiert Horrwitz[4]) als kaufmännische Dienste solche, „welche, wenn auch nicht nach dem gesetzlichen Kaufmannsbegriff der §§ 1—3 HGB., so doch gemäß der Anschauung des Kaufmannsstandes, insbesondere der betreffenden Branche sich als kaufmännische charakterisieren". Staub (S. 301) meint, es müssen Dienste sein, zu denen diejenige Schulung und Fertigkeit gehören, die man in ihrer Vollendung die kaufmännische Tüchtigkeit nennt; und an die genannten Definitionen sich anlehnend, meint Jernik (S. 2), kaufmännische Dienste sind die Dienste, die kaufmännische Signatur tragen, zu denen eine gewisse handelsgewerbliche Vorbildung gehört". Nur wer solche Dienste in einem Handelsgewerbe gegen Entgelt verrichtet, ist als Handlungsgehilfe im Sinne des Gesetzes zu bezeichnen.

Diese Handlungsgehilfeneigenschaft wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Angestellte, wie das in unendlich vielen Fällen vorkommt, gelegentlich zu anderen als rein kaufmännischen Verrichtungen herangezogen wird. Erforderlich ist dabei nur, daß trotz alledem seine Tätigkeit ihre kaufmännische Signatur behält, daß seine kaufmännischen Dienste seine nichtkaufmännischen überwiegen und nicht von diesen in den Hintergrund gedrängt werden.[5]) Sobald dies nicht mehr der Fall ist, sobald die kaufmännischen Verrichtungen bloß gelegentlich von dem Angestellten verlangt werden und in ihrer Gesamtheit nicht mehr als das hervorstehende Kennzeichen seiner Arbeitsleistung anzusehen sind, sobald seine Tätigkeit durch Hervorkehren z. B. der gewerblichen Seite seiner

[1]) Ähnlich Staub S. 303/04.

[2]) vgl. Cosack S. 86: „Als kaufmännisch gilt nur der Dienst, den die Verkehrsauffassung als kaufmännisch ansieht, insbesondere der Verkauf im Laden oder Kontor, die Kassen- und Buchführung, die Geschäftskorrespondenz, das Reisen".

[3]) ROHG. Bd. 17 S. 309.

[4]) Irgendeine Kongruenz zwischen den Begriffen „Kaufmann", wie ihn das Gesetz in §§ 1—3 HGB. definiert, und den kaufmännischen Diensten besteht überhaupt nicht.

[5]) In diesem Sinne Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 348 u. 349, Bd. 1 S. 72; Ehrenberg S. 497.

Dienste einen anderen Charakter erhält, ist der Angestellte kein Handlungsgehilfe mehr.

Dieser Ansicht wird in der Literatur allgemein beigestimmt, nur nicht v. Meyer (S. 20), der sich auf eine Reichsgerichtsentscheidung stützend[1]) die Theorie der gemischten Verträge verficht und meint, daß z. B. der Gehilfe eines Malermeisters, der auch in einem offenen Laden fertige Öle und Farben verkauft, soweit er gewerbliche Dienste leistet, zu den Gewerbegehilfen, soweit er eine kaufmännische Tätigkeit verrichtet, zu den Handlungsgehilfen gerechnet werden müsse. Wir können nach dem bisher Gesagten dieser Anschauung, die den Angestellten sowohl den Vorschriften der Gewerbeordnung wie denen des Handelsgesetzbuchs unterwerfen will, nicht beistimmen und fürchten, daß die praktische Durchführung dieser Theorie eine bedenkliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben würde.

Außerdem noch ein weiteres Moment, das gegen die Ansicht Meyers spricht: Die Theorie der gemischten Verträge ist in Wirklichkeit auch schon deswegen unhaltbar, weil Streitigkeiten an dem Dienstverhältnis entweder vom Kaufmannsgericht[2]) oder vom Zivilgericht zu entscheiden sind, der Angestellte also entweder Handlungsgehilfe sein muß oder nicht; eine Mischung ist unmöglich.

§ 5.

Das Verbot, ein Handelsgewerbe zu betreiben.

Der Abs. 1 des § 60 HGB. enthält, wie bereits erwähnt, ein doppeltes an den Handlungsgehilfen ergehendes Verbot, dessen ersten Teil, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben, wir hier in seinen Einzelheiten betrachten wollen. Was die Motivierung dieser eigentlich als Handelsverbot anzusprechenden Bestimmung anlangt, so haben wir sie in dem Bestreben des Gesetzgebers zu suchen, die Arbeitskraft des Angestellten, die sich der Dienstberechtigte auf Grund des Dienstvertrages erkauft, ihm in ihrer Totalität zu erhalten und jede Zersplitterung und Ablenkung, soweit sie zu einer Gefährdung der Interessen des Prinzipals führen könnte, zu verhüten. Diese Einschränkung der Erwerbstätigkeit des Handlungsgehilfen enthält insofern keine Härte für ihn, als sie ihm bloß die Aussicht auf den Betrieb eines „Handels"gewerbes entzieht. Abgesehen hiervon kann er,

[1]) JW. 1906 S. 396.
[2]) vgl. Rosenberg bei Ehrenberg Bd. 1 S. 500.

wie wir bereits festgestellt haben, seinen künstlerischen und wissenschaftlichen Neigungen nachgehen und seine persönliche intellektuelle und physische Ausbildung so weit ergänzen, als ihm dies seine Mußestunden gestatten. Ja er kann sogar seine Tätigkeit als Handlungsgehilfe nur als Nebenbeschäftigung ansehen und, ohne gegen die Bestimmung des § 60 HGB. zu verstoßen, ein anderes Gewerbe oder überhaupt einen anderen Beruf in beliebigem Umfange ausüben, soweit sich das mit seinen Vertragspflichten vereinbaren läßt. Dieser liberale Zug des ersten Teiles des Konkurrenzverbotes ergibt sich auch noch in anderer Beziehung; zumal dann, wenn man es mit dem korrespondierenden Art. 59 a. HGB. vergleicht, der dem Handlungsgehilfen die Vornahme eines jeden sogen. absoluten Handelsgeschäftes untersagte, ihm also auch die Möglichkeit eines vereinzelten geringfügigen Gelegenheitsgeschäftes nahm. Diese Härte ist durch das neue Handelsgesetzbuch beseitigt, das dem Angestellten nur den gewerbsmäßigen Betrieb entzieht. Hierbei wird die Analyse des Begriffes „betreiben" ohne weiteres ergeben, daß nicht der Abschluß eines jeden Geschäftes als ein Geschäftemachen im Sinne des § 60 aufzufassen ist.

Was ein Handelsgewerbe ist, ergibt sich aus den Legaldefinitionen der §§ 1—3 HGB. Demnach fallen hierunter alle die sogen. absoluten Gewerbe — sie werden in § 1 Abs. 2 aufgeführt —, d. h. solche, die sich schon durch die Art der von ihnen betriebenen Geschäfte als Handelsgewerbe im streng juristischen wie im alltäglichen Sinne des Wortes charakterisieren, ferner die relativen, denen der handelsrechtliche Stempel erst durch die Eintragung der Firma in das Handelsregister aufgedrückt wird, mögen sie nun gemäß § 2 ein gewerbliches Unternehmen darstellen, das nach Art und Umfang einem kaufmännischen Geschäftsbetrieb gleichkommt, oder mögen sie schließlich nach § 3 Abs. 2 als land- und forstwirtschaftliche Nebengewerbe durch die Registereintragung handelsrechtlich die Sanktionierung erhalten. Dieser letztgenannte Fall kommt allerdings für uns hier kaum in Betracht, da, wie Hartmann (S. 10) und Meyer (S. 22) richtig hervorheben, ein Handlungsgehilfe schwerlich ein Landwirt mit bedeutendem gewerblichen Nebenbetriebe sein kann. Staub (S. 325), in konsequent logischer Weise von seiner Motivierung des Konkurrenzverbotes, der Handlungsgehilfe solle nicht die Verantwortlichkeit eines Kaufmanns auf sich laden, ausgehend, rechnet hierher auch die sogen. Scheinhandelsgewerbe, die in § 5 HGB. erwähnt werden. Seiner Meinung schließt sich auch Dörken (S. 14 Anm.) an. Dem muß aber entgegengetreten werden. Das Geschäft, das der Handlungsgehilfe in diesem Falle betreibt, ist in Wirklichkeit kein handelsgewerbliches Unternehmen, wenn auch dem Buchstaben des Gesetzes nach und

im Interesse der öffentlichen Rechtssicherheit der Eintragung konstitutive Wirkung zuerteilt werden muß. Wolffs[1]) These von der absoluten Kaufmannseigenschaft des zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Gewerbetreibenden — „das unter einer eingetragenen Firma betriebene Gewerbe ist Handelsgewerbe“ [2]) — müssen wir zurückweisen. Ganz abgesehen davon, daß wir Wolffs Methode, seine Ansicht lediglich auf dem Wege willkürlicher Analogien und Parallelen zu erhärten, nicht billigen können, müssen wir diese übrigens einzig dastehende Auffassung auch ganz besonders im Hinblick auf die praktischen Folgen ablehnen, die sich aus einer derartigen Korrektur — nicht bloß Interpretation — des Textes von § 5 HGB. ergeben. Der betreffende Gewerbetreibende hätte dann nämlich nicht nur, wie bisher allgemein angenommen, im Interesse desjenigen, der sich auf die Eintragung beruft und nicht bloß in privatrechtlicher Hinsicht alle Pflichten und Rechte eines Vollkaufmanns, sondern er wäre es nunmehr überhaupt in den Augen der Welt, auch in öffentlichrechtlicher Beziehung. Und welch seltsam Schauspiel, einen Grünwarenhändler als Mitglied einer sonst nur aus Vollkaufleuten bestehenden Handelskammer oder gar als Handelsrichter fungieren zu sehen. Die Eintragung besteht hier ja zu Unrecht; das gibt natürlich auch Wolff[3]) zu, und das Unternehmen des Pseudokaufmanns hat in Wirklichkeit gar keinen handelsgewerblichen Charakter. Darum mag man auch hier, wie man das bei der Prokura und bei der Generalhandlungsvollmacht tun muß, derart verfahren, daß man das äußere Verhältnis des Angestellten zur Öffentlichkeit trennt von dem inneren zum Prinzipal. In den Augen des Publikums mag er als Kaufmann gelten, im Rahmen des Geschäftes aber, in dem er als Handlungsgehilfe angestellt ist, mag man von dieser rein offiziellen, ihm durch einen falschen Federstrich oktroyierten Qualität absehen und ihm den Betrieb eines Unternehmens gestatten, das man doch in der Tat nicht als ein Handelsgewerbe ansprechen kann. Im gleichen Sinne, aber mit anderer Motivierung äußern sich Meyer (S. 23), Donath (S. 21) und schließlich ohne jede Begründung Richter (S. 14); die meisten Autoren schenken dieser Frage übrigens überhaupt keine Beachtung.

So weit über den Begriff des Handelsgewerbes, der bis auf die zuletzt erörterte Detailfrage sich ohne weiteres aus dem Texte des Gesetzes selbst ergab. Der schwierigste Punkt liegt in dem Wort „betreiben“. Hierin gehen die Ansichten der verschiedenen Schrift-

---

[1]) Bei Gierke S. 138—147.
[2]) a. a. O. S. 146.
[3]) a. a. O. S. 143.

steller gänzlich auseinander, aber um seine Interpretation haben sie sich alle bemüht, ein Beweis, daß sie sämtlich die Bedeutung dieses Begriffes für die theoretische Auffassung der gesetzlichen Bestimmung und für ihre praktische Nutzanwendung erfaßt haben. Da es sich aber stets nur um den Betrieb einer Einzelperson, nicht um einen Gesellschaftsbetrieb handelt, fallen die Hauptschwierigkeiten für die Bestimmung dieses Begriffes hier fort. Staub (S. 325/26) stützt sich auf die Definition des § 1, daß als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs nur derjenige anzusehen sei, der ein Handelsgewerbe im eigenen Namen betreibe, und er erklärt den Ausdruck „betreiben" in seiner Bedeutung für den § 60 HGB. für identisch mit dem in § 1 gebrauchten Sinne. Dieser Auslegung folgen die meisten Schriftsteller, so Horrwitz (S. 55), der meint, daß derjenige ein Handelsgewerbe im Sinne dieser Vorschriften betreibt, der „als Inhaber oder Gesellschafter im Handelsregister eingetragen ist". Nach Lehmann (S. 66) betreibt derjenige das Gewerbe, den die hieraus entspringenden Rechte und Pflichten treffen. In ähnlichem Sinne äußern sich Cosack (S. 21), Goldmann (S. 3), Makower (S. 113) und Hartmann (S. 11—13), die alle, mögen sie es nun deutlich aussprechen oder nur durchblicken lassen, den Betrieb eines Gewerbes auf denjenigen zurückführen, in dessen Namen die Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, auf den die hieraus resultierenden Rechte und Pflichten übergehen.

Diese Auffassung ist sehr naheliegend, denn sie steckt im Texte und im Sinne des § 1 HGB., sie liegt sozusagen im ganzen Handelsgesetzbuch oben auf. Und doch wird man mit dieser restriktiven Anwendung des Wortes „betreiben" dem Geist und dem legislatorischen Zweck des § 60 HGB. nicht gerecht, der in diesem Falle den Prinzipal nicht genügend vor einer spitzfindigen Ausnutzung des wörtlichen Textes schützen könnte und dessen praktische Wirksamkeit dadurch gänzlich illusorisch gemacht würde. Der Handlungsgehilfe könnte bei einer solchen Auslegung des Gesetzes das Verbot des Betriebes im eigenen Namen leicht umgehen, indem er irgendeinen Dritten, seine Ehefrau, einen Verwandten oder sonst jemanden als Strohmann in einem Geschäft anstellt, das er selbst für eigene Rechnung und mit eigener Kraft, aber in ihrem Namen betreibt. Dieser Fall wird von Staub (S. 325) auch als erlaubt angesehen. Das Haltlose dieser Ansicht, die Inkongruenz zwischen der eigentlichen ratio legis und dem offensichtlich recht zweifelhaften Enderfolg des Paragraphen bei seiner wortgetreuen Interpretation ist vom Reichsgericht[1]) und von verschiedenen Autoren, so von Hartmann (S. 10—13),

[1]) RGSt. Bd. 25 S. 121.

Meyer (S. 24), Österhelt (S. 15), Donath (S. 23)[1] u. a. herausgefühlt worden, aber sie haben sämtlich nicht den Mut gehabt einzugestehen, daß hier eine Lücke des Gesetzes vorliegt. Man wird sicher nur bei der von diesen und anderen Autoren vorgeschlagenen weitzügigeren Auffassung des Begriffs „betreiben", wenn man nämlich darunter den Betrieb eines Handelsgewerbes sowohl im eigenen Namen wie auch im fremden Namen subsumiert, der vom Gesetzgeber beabsichtigten Interpretation der gesetzlichen Bestimmung und ihrem Endzweck gerecht, daß nämlich der Handlungsgehilfe seine Kraft ungeteilt „für seine Tätigkeit im Handelsbetriebe seines Prinzipals konzentriere".[2] Aber man kann sich zur Begründung dieser zweifellos richtigen Ansicht nicht auf den Text des Gesetzes stützen, und selbst ein so durch und durch moderner, ganz auf der Erfahrung fußender Kommentator wie Brand (S. 207) stellt sich dieser Auffassung entgegen und sagt ausdrücklich: „Die Ansicht, daß hier auch ein Handeln im fremden Namen in Betracht komme, ist falsch". Aber trotzdem stimmen wir dem von Lehmann-Ring (S. 157) gemachten Vorschlag zu, daß man unabhängig von dem irreführenden Texte den landläufigen Sinn des Wortes „betreiben" der Interpretation zugrunde legt und dieses mit dem Ausdruck „Geschäfte führen" identifiziert. Die tatsächliche Herrschaft über das Gewerbe ist maßgebend, oder wie Sohm[3] sagt: „Es betreibt das Gewerbe, wer das Gewerbe leitet, d. h. derjenige, bei dem die Entscheidung über die Vornahme der Betriebshandlungen steht, und zwar kraft eigener Persönlichkeit. Auch für die Leitung gilt, daß sie von dem Betreibenden nicht unmittelbar ausgeübt zu werden braucht. Er kann die Leitung einem anderen überlassen: seinem Stellvertreter". Man wird also gegebenenfalls den Betrieb eines Handelsgewerbes im fremden Namen dem im eigenen Namen gleichsetzen. Dann wird man von Fall zu Fall unter Würdigung der konkreten Umstände beurteilen können, ob die Art, der Umfang und die Intensität der vom Gehilfen in dem ihm gehörigen Geschäfte entwickelten Tätigkeit so sind, daß überhaupt von einem Betreiben im weiteren Sinne des Wortes die Rede sein kann. Für eine derartige Auslegung des Ausdrucks spricht auch der Umstand, daß er in § 54 HGB., wo vom Betriebe eines Handelsgewerbes durch einen Generalhandlungsbevollmächtigten, also von einem Betreiben im fremden Namen die Rede ist, in derselben landläufigen Bedeutung angewandt wird. Andererseits versteht

---

[1] Vers. A. ist auch Tiedemann S. 25/26.
[2] Denkschr.
[3] ZG. Bd. 3 S. 596.

es sich aber von selbst, daß in dem spezifisch-technischen Sinne des § 1 HGB. der Betrieb eines Handelsgewerbes, d. h. soweit ausschließlich der Name des Handlungsgehilfen in Betracht kommt, diesem verboten sein muß. Darum verstößt er schon gegen die Vorschrift des Gesetzes, wenn er, wie Horrwitz[1]) richtig betont, nur gestattet, daß sein Name in eine fremde Firma aufgenommen wird und unter dieser Firma Geschäfte gemacht werden, selbst wenn er in Wirklichkeit weder an diesen noch an der Firma beteiligt ist. Denn laut reichsgerichtlicher Entscheidung, die auf der Legaldefinition des § 17 HGB. fußt, betreibt derjenige das Handelsgewerbe, in dessen Namen die dazugehörigen Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, und als Inhaber eines Unternehmens gilt nicht der, in dessen Händen die Leitung der Geschäfte ruht, sondern der, auf den die Folgen des Geschäftsbetriebes in Form von Pflichten und Rechten übergehen. Ein intimeres Verhältnis zu dem betreffenden Unternehmen, ein aktives persönliches Eingreifen ist nicht erforderlich. Der Handlungsgehilfe betreibt schon dann ein Handelsgewerbe, wenn er, ohne selbst ein wirtschaftliches Interesse am Erfolge oder Mißerfolge eines Geschäftes zu haben, sich als dessen Prinzipal im Handelsregister eintragen läßt. Daher überschreitet auch ein minderjähriger Handlungsgehilfe das Verbot, in dessen Namen der Vater oder Vormund ein Handelsunternehmen führt.[2]) Wir haben in dieser eng dem Buchstaben des Gesetzes folgenden Auslegung eine Härte, die sich nur aus der begrifflichen Logik des Textes ergibt, die aber sicher nicht als legislatorisches Motiv des § 60 HGB. anzusehen ist.

Dieser rigorose Zug wird nur dadurch etwas ausgeglichen, daß einmal der betreffende Fall verhältnismäßig selten sein wird, und daß fernerhin selbst der Abschluß von gewissen Geschäften, die nur durch eine mehr oder weniger intensive Mitwirkung des Handlungsgehilfen zustande kommen, diesem nach der Fassung des Textes nicht untersagt ist. Unter den Begriff Handelsgewerbe fallen in der Regel nicht Einzelgeschäfte, wenngleich es auch selbst bei Abschluß einer nur geringen Anzahl von Geschäften stets Tatfrage bleiben wird, ob nicht doch ein förmlicher Geschäftsbetrieb im strikten Sinne vorliegt. Es muß aber auch in einem solchen Falle, um ein gerichtliches Einschreiten von seiten des Prinzipals zu ermöglichen, dem Handlungsgehilfen die Absicht nachgewiesen werden können, eine ganze Reihe von Geschäften vorzunehmen, sich ständig im gewerblichen Leben zu betätigen.[3]) Es können sich

---

[1]) vgl. Horrwitz S. 55 und Bolze Bd. 11 S. 137.
[2]) vgl. Brand S. 207 und Bolze Bd. 11 S. 168.
[3]) RGE. Bd. 74 S. 150.

im Einzelfalle ernste Zweifel ergeben, und nur durch Berücksichtigung aller Umstände wird man sich über die Existenzberechtigung dieser Rechtshandlungen Klarheit verschaffen. Das spezifische Charakteristikum, das sie zu illegalen Geschäften stempelt, wird stets nur die konsequente Gewinnabsicht sein. Diese Absicht kann, wie bereits gesagt, schon aus wenigen Geschäften,[1] ja sogar schon aus einem einzigen hervorgehen, wenn nämlich die dazu nötige Abwicklungstätigkeit längere Zeit beansprucht und den Rückschluß auf die geplante Einrichtung eines dauernden Betriebes zuläßt.[2] Andererseits kann aber auch die ganze Eigenart der Sachlage selbst bei Vorliegen von mehreren auf Gewinn gerichteten Geschäften den Gedanken an einen ständigen Betrieb ausschließen und nur für eine gelegentliche Vornahme von profitablen Rechtshandlungen sprechen,[3] wenn ihnen nicht, wie Fuld im Anschluß an Goldschmidt[4] den springenden Punkt treffend charakterisiert, ein einheitlicher Willensentschluß zugrunde liegt und „die mehreren Geschäfte sich als fortgesetzte Tätigkeitsakte erweisen, denen die Richtung und der Gegenstand der Tätigkeit gemeinsam sind".[5]

Das neue Handelsgesetzbuch geht aber im Gegensatz zum alten in seiner Liberalität dem Handlungsgehilfen gegenüber noch weiter, indem es ihm die Vorbereitungshandlungen zur Eröffnung eines selbständigen Gewerbebetriebes selbst dann gestattet, wenn sie sich als eine geschlossene, durch eine professionelle Gewinnabsicht zusammengehaltene Kette von Rechtsakten erweisen. Das Reichsgericht hat zwar entschieden,[6] daß der Betrieb eines Handelsgewerbes schon mit der ersten auf seine Eröffnung gerichteten Handlung, also z. B. bei einem Warenumsatzgeschäft mit der Anschaffung der Waren beginnt, die in dem Geschäfte zum Verkauf gelangen sollen. Diese Auffassung wird man jedoch nur dann teilen, wenn anzunehmen ist, daß die Weiterveräußerung noch vor dem Ablauf der Zeit des Vertragsverhältnisses geschehen soll. In ähnlichem Sinne äußert sich zu dieser Frage Goldmann,[7] der sehr gut klarlegt, nicht die Anschaffung zum Zwecke der Weiterveräußerung stelle den Beginn des Betriebes dar, sondern die Anschaffung in Verbindung mit der Weiterveräußerung. Dementsprechend hat auch das Oberlandesgericht zu Dresden[8]

---

[1] Mugdan-Falkmann Bd. 9 S. 239.
[2] RGE. Bd. 10 S. 102.
[3] Bolze Bd. 2 Nr. 712.
[4] vgl. hierzu Fuld S. 38.
[5] Fuld a. a. O.
[6] RGSt. Bd. 27 S. 227, 228.
[7] Goldmann S. 296.
[8] Mugdan-Falkmann Bd. 3 S. 80.

entschieden, daß solche und ähnliche Vorbereitungshandlungen, die auf Einrichtigung eines Dauerbetriebes hindeuten, wie das Mieten eines Ladens, Warenanschaffung, Engagement von Gehilfen, Ankauf und Unterbringen der Einrichtung, Anheften von Schildern u. dgl., einem abgehenden Handlungsgehilfen noch während der Dauer seines Dienstverhältnisses gestattet werden müssen, solange er dadurch seine sonstigen Vertragspflichten nicht verletzt. Die Anmeldung seiner künftigen Firma zum Handelsregister für einen früheren als den Endtermin seiner Gehilfentätigkeit muß ihm allerdings meiner Ansicht nach versagt werden; denn von dem Augenblicke an würde er sich als einen Kaufmann im Sinne des § 1 HGB. dokumentieren. Weshalb ihm aber Staub (S. 325) gestatten will, nicht das Publikum, sondern nur sich selbst auf das künftige Etablissement vorzubereiten, kann ich, trotzdem Makower (S. 198), Lehmann-Ring (S. 157), Donath (S. 24) und Meyer (S. 27) dieser Ansicht beistimmen, nicht recht ersehen. Meiner Meinung nach kann im Rahmen des Handelsverbotes von dieser prinzipiellen Einschränkung keine Rede sein, denn sie ist in nichts begründet. Nur dann, wenn, was allerdings häufig vorkommen mag, der Angestellte sich in dem Geschäftszweige seines Prinzipals etablieren will und durch eine vorherige Ankündigung der Eröffnung seines Handelsgewerbebetriebes die Gefahr einer Konkurrenz vor Ablauf der Vertragsfrist nahegerückt ist und der Kundenkreis teilweise seiner bisherigen Bezugsquelle entfremdet werden kann, nur dann ist die Staubsche Ansicht, und zwar auf Grund des eigentlichen Konkurrenzverbotes, zu verteidigen.

Schließlich sei an dieser Stelle noch kurz die Frage aufgeworfen, inwieweit das Handelsverbot, das nicht bloß den Geschäftsbetrieb durch einen einzelnen umfaßt, dem Gehilfen gestattet, sich an einer der Handlungsgesellschaften zu beteiligen, die das heutige Recht kennt. Hier herrscht in manchen Punkten Unklarheit und Meinungsverschiedenheit, die nur dann behoben werden, wenn man sich bei der ganzen Erwägung die Tatsache vor Augen hält, daß es sich bei der hier in Frage stehenden Negativbestimmung des § 60 HGB. darum handelt, die Arbeitskraft und das Interesse des Handlungsgehilfen durch eine Unterbindung seiner außerdienstlichen kaufmännischen Betätigung dem Geschäfte seines Prinzipals zu erhalten. Unter diesem Gesichtspunkte betrachtet, ist es ohne weiteres klar, daß eine Beteiligung als stiller Gesellschafter am Handelsgewerbebetriebe eines Dritten, als Mitglied einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder an einer eingetragenen Genossenschaft, als Aktionär einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien dem Handlungsgehilfen zugestanden werden muß. Darüber herrscht auch in der

Literatur allgemeine Übereinstimmung, ebenso wie über die Tatsache, daß ihm die Beteiligung als Geschäftsinhaber einer stillen Gesellschaft, als Gesellschafter an einer offenen Handelsgesellschaft, als Komplementar an einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien verboten ist. Fraglich ist dagegen, ob auch die Beteiligung als Kommanditist an der gewöhnlichen Kommanditgesellschaft als „Betreiben" eines Handelsgewerbes aufzufassen und zu untersagen ist. Je nachdem nun die Schriftsteller die Theorie von der Notwendigkeit des ausgedehnten Einsetzens der kaufmännischen Persönlichkeit für das Zustandekommen eines Betriebes" (im Sinne des § 60 HGB.) kennen oder nicht, sprechen sie dem Kommanditisten Kaufmannseigenschaft ab oder zu. Der ersteren Ansicht folgen Sohm,[1]) Staub,[2]) Goldmann (S. 296), Düringer-Hachenburg (S. 26), Hartmann (S. 13) und Meyer (S. 25/26). Sie alle fassen den Kommanditisten als solchen nicht als Kaufmann auf, und wenn auch sein Name ebensogut wie der des Komplementärs ins Handelsregister eingetragen wird, so spielt er doch nach ihrer Anschauung weder dem Publikum gegenüber noch im Rahmen des Unternehmens selbst eine aktive Rolle. Ich schließe mich der Auffassung unumwunden an, und trotz allem, was die Gegner hiergegen vorbringen, die bei der Interpretation des Wortes „betreiben" den Akzent auf den Namen und nicht auf die persönliche Tätigkeit legen,[3]) trotz alledem möchte ich den Kommanditisten nicht als Mitinhaber des Geschäftes ansprechen, mögen auch die Verbindlichkeiten und Rechte, die der Betrieb ins Leben ruft, auf seinen Namen gehen. Ich glaube auch nicht, daß man durch eine Untersagung der handelsgewerblichen Tätigkeit in dieser persönlich so außerordentlich begrenzten Weise den Geist des Gesetzesparagraphen, seinen Zweck, das Interesse des Prinzipals durch eine Konzentration der gesamten Schaffenskraft des Gehilfen auf seine Tätigkeit im Handelsbetriebe seines Geschäftsherrn zu schützen, richtig interpretiert, und ich bin der Ansicht, daß man diesem nicht verbieten

---

[1]) LZ. Bd. 3 S. 594 ff.

[2]) Staub S. 30. Diese Stellungnahme Staubs muß uns bei seiner sonstigen Abstraktion von den Verhältnissen der Realität wundern; sie entspringt auch nicht seiner Auffassung von dem Zweckgedanken des § 60, sondern seiner Interpretation des § 1.

[3]) Zu den Gegnern unserer Ansicht zählen Lehmann-Ring S. 7; Cosack S. 534; Horrwitz S. 55; Oesterheit S. 16 und Tiedemann S. 27. Vor allen Dingen muß hier nachträglich noch Pappenheim genannt werden, der einmal in der Festschr. für Hänel S. 145 ff., sodann aber auch in der LZ. Bd. 4 S. 1 ff. in dieser Frage einen unserer Auffassung diametral entgegengesetzten Standpunkt einnimmt, dessen Haltlosigkeit von Sohm a. a. O. mit Erfolg dargetan wird.

kann, sich als Kommanditist an einer reinen Kommanditgesellschaft zu beteiligen. Diese Ansicht wird noch durch die Überlegung gestützt, daß der Kommanditist, dessen Haftung für die Gesellschaftsschulden sich auf den Betrag seiner Kapitalseinlage beschränkt, nicht seine ganze Rechtspersönlichkeit einsetzt. Ebensowenig darf nach § 19 Abs. 4 HGB. sein Name in die Firma der Gesellschaft aufgenommen oder etwa (nach § 162 HGB.) bekanntgegeben werden.

§ 6.

Das Verbot, in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen.

Wir haben bereits erwähnt, daß nur die zweite in § 60 HGB. ausgesprochene Negativbestimmung ein Konkurrenzverbot im eigentlichen Sinne des Wortes enthält, welches, eine Gleichartigkeit des Betriebes voraussetzend — dieses wesentliche Charakteristikum fehlt dem ersten Teil des § 60 Abs. 1 — dem Gehilfen untersagt, in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte zu machen. Gerade durch diesen Zusatz der Homogenität des Handelszweiges, der dem Konkurrenzverbot erst den Anspruch auf seine ihm gewöhnlich in extenso erteilte Bezeichnung gibt, hebt sich das neue Handelsgesetzbuch in modern-liberaler Weise von dem allgem. deutschen Handelsgesetzbuch ab, das in Art. 59 dem Handlungsgehilfen verbot, überhaupt selbständig Handelsgeschäfte in irgendwelcher Branche, gleichgültig ob für eigene oder fremde Rechnung, abzuschließen. Allerdings ist auch der zweite Teil des Verbots im Interesse des Prinzipals geschaffen worden, und seine Grundtendenz deckt sich mit dem legislatorischen Zweck des ersten Teiles: beide wollen den Geschäftsherrn in Schutz nehmen dem Handlungsgehilfen gegenüber, aber dabei hält sich doch das eigentliche Konkurrenzverbot ebenso wie das Handelsverbot frei von unbilligen Härten, und wir sehen schon hier, daß es ihm völlig fern liegt, die Existenz und das Fortkommen des Angestellten unnötig zu beeinträchtigen und zu erschweren. Natürlich kann auch, wie Horrewitz (S. 56), auf eine Reichsgerichtsentscheidung gestützt, besonders hervorhebt, vereinbart werden, daß der Handlungsgehilfe überhaupt keine Geschäfte für eigene oder fremde Rechnung machen dürfe, auch nicht außerhalb des Handelszweiges seines Prinzipals.[1]) An und für sich ist die ratio legis des Konkurrenzverbotes nur, den Prinzipal gegen einen etwaigen Wettbewerb zu decken, den ihm sein An-

[1]) JW. 1900 S. 663 Nr. 16.

gestellter in seinem, d. h. des Prinzipals eigenen Erwerbszweige bereiten könnte. Daher ist diesem vom Gesetz auch lediglich das Geschäftemachen im Erwerbszweige seines Prinzipals untersagt; es ist ihm unbenommen, sich in anderen kommerziell zu betätigen, natürlich unter der Voraussetzung, daß darunter nicht die pflichtgemäße Erfüllung seiner Dienstobliegenheiten leidet. Dieses dem Gesetzestext ohne weiteres zu entnehmende Zugeständnis an den Handlungsgehilfen entspricht der Freiheit, die ihm der erste Teil des § 60 gibt, jedes Gewerbe zu betreiben, das kein Handelsgewerbe ist. In diesem Identitätsprinzip liegt die Hauptwucht und das charakteristische Merkmal des heutigen Konkurrenzverbotes, wir werden es daher bei einer begrifflichen Analyse der ganzen Bestimmung seiner besonderen Wichtigkeit halber an die Spitze stellen.

Was heißt „im Handelszweige des Prinzipals?" Gareis (S. 89) und nach ihm Oesterhelt (S. 18) und Meyer (S. 28) wollen diese Frage in erster Linie als eine quaestio facti betrachten, deren Lösung von der jeweiligen Eigenart der Umstände abhängt und die sich nach den im Handelsverkehr geltenden Anschauungen und Gebräuchen konkret beantwortet. Das ist ohne weiteres richtig. Ein so realer Begriff wird sich am klarsten aus der jeweiligen Betrachtung des Einzelfalles, aus der Berücksichtigung der Wirklichkeit ergeben. Um aber jeder Willkür vorzubeugen, läßt sich ganz allgemein sagen, daß man unter dem Handelszweige des Prinzipals die Totalität der Geschäfte verstehen wird, die dieser mit Gewinnabsicht regelmäßig betreibt. Goldmann (S. 297) bezeichnet den Handelszweig als den „Komplex aller derjenigen Geschäfte, auf welche der Betrieb des Handelsgewerbes des Prinzipals gerichtet ist".

Für die nähere Bestimmung wird in der Regel die Warengattung entscheidend sein, die ja nach ihrer Differenzierung eine verschiedene Gewerbekategorie begründet, vorausgesetzt, daß sie regelmäßig von dem Besitzer des Handelsunternehmens vertrieben wird. Es ist also dem Handlungsgehilfen eines Weinhändlers gestattet, gelegentlich in Zigarren und Zigaretten Geschäfte zu machen, es sei denn, daß sich sein Prinzipal nebenbei auch hiermit befaßt. Ebenso wird es dem Angestellten eines Tabakhändlers, der ausnahmsweise einmal Geschäfte in Spirituosen gemacht hat, erlaubt sein, dem Beispiel seines Prinzipals zu folgen und hierin sein Glück zu versuchen, denn dies gehört nicht zu dem eigentlichen, d. h. regelmäßig betriebenen Handelszweige seines Geschäftsherrn.

Eine Streitfrage erhebt sich hierbei nur für den Fall, daß der Prinzipal im Laufe der Tätigkeit seines Angestellten die

Branche wechselt oder zu dem bisher betriebenen Handelsgewerbe noch ein anderes hinzunimmt. Man ist jetzt allgemein der Ansicht, daß durch eine solche generelle Umgestaltung oder Erweiterung des Geschäftsbetriebes auch das Konkurrenzverbot dementsprechend modifiziert wird, ganz gleichgültig, ob dieser entscheidende Wechsel bereits beim Eintritt des Handlungsgehilfen oder erst später erfolgt. Maßgebend ist bei der Beurteilung eines solchen Falles die Zeit der Verbotsübertretung und nicht die des Dienstantritts von seiten des Angestellten.[1]) Es ist also gleichgültig, ob der Gehilfe bei Antritt seiner Tätigkeit einen anderen Handelszweig vorgefunden oder ob er „für den bei seinem Geschäftemachen in Frage kommenden Zweig nicht angenommen, vielmehr für einen anderen Geschäftskreis angestellt ist".[2]) Der Tabakshändler, der seinen Betrieb in ein Kolonialwarengeschäft erweitert, kann daher seinem langjährigen Gehilfen das Spekulieren in Zucker untersagen.[3]) Dabei ist allerdings vorauszusetzen, daß diese beiden Handelszweige rechtlich und räumlich nicht gänzlich voneinander getrennt sind. Ist diese Bedingung erfüllt, so darf der Handlungsgehilfe selbst dann nicht in irgendeinem Geschäftszweige sein Glück versuchen, wenn dieser, obwohl er, der Angestellte, selbst nicht darin arbeitet, von seinem Prinzipal betrieben wird. Es handelt sich hier trotz aller scheinbaren Verschiedenheit der Einzelgewerbe doch um einen allerdings vergrößerten Einheitsbetrieb, in dessen noch so weit gespanntem Rahmen der Handlungsgehilfe dem Verbot des § 60 untersteht.

Anders liegen die Verhältnisse, wenn diese relative Identität fehlt und eine „Verschiedenheit des Niederlassungsortes und der Organisation"[4]) der mehreren Geschäftsunternehmungen vorliegt.[5]) Es ist in diesem Falle das Vorhandensein mehrerer selbständiger Betriebe anzunehmen, der Geschäftsherr vereinigt in sich die Eigenschaften zweier oder mehrerer Prinzipalstellungen, und die Bestimmungen des Konkurrenzverbotes sind für den Handlungsgehilfen auszuschalten, der nur in einem Unternehmen tätig ist.

Ebenso ist dem Gehilfen Handelsfreiheit einzuräumen, wenn der Prinzipal vor Ablauf seines Dienstverhältnisses ein neues,

---

[1]) vgl. hierzu Goldmann a. a. O.; Staub S. 326; Brand S. 208; Makower S. 198; Düringer-Hachenburg S. 418; Meyer S. 28; and. M. ist nur Horrwitz S. 56.

[2]) Brand a. a. O.

[3]) vgl. hierzu außer Goldmann und Staub auch Hartmann S. 17.

[4]) Ritter S. 106.

[5]) Dieser Fall wird durch ein recht anschauliches Beispiel von Hering (S. 14) illustriert, der sich dadurch einer längeren theoretischen Auseinandersetzung entzieht.

von dem bisherigen rechtlich getrenntes und de facto grundverschiedenes Geschäft eröffnet, dessen Organisation hinsichtlich der darin umgesetzten Waren ganz von dem früher allein betriebenen abweicht. In diesem Falle braucht sich der Angestellte, der hier materiell auf einem ganz anderen Boden steht, nicht zu enthalten, in dem von seinem Prinzipal neu eingeführten Handelszweig Geschäfte zu machen, da er zu diesem kaum oder gar nicht Zutritt erhält und eine auf der Verletzung der Vertrauensstellung beruhende Ausnutzung seiner Sonderkenntnisse und somit eine gesetzwidrige Schädigung des Prinzipals von vornherein ausgeschlossen sind.

Eine weitere Frage, die von den Kommentatoren in verschiedener Weise beantwortet wird, ist die, ob bei der Bestimmung des Begriffes Handelszweig auch auf die Art und Form des Geschäftsbetriebes Rücksicht genommen werden muß, ob also z. B. ein Engros- und ein Detailgeschäft zwei ganz verschiedene Unternehmungsarten darstellen. Goldmann (S. 297), Lehmann-Ring (S. 157) und ihrer Ansicht folgend Hering (S. 15) und v. Mantey (S. 24) verneinen dies, indem sie sich auf eine Wortinterpretation versteifen und unbeschadet einer von Staub[1]) herangezogenen Reichsgerichtsentscheidung eine Identität des Geschäftszweiges bei einem Groß- und Kleinbetrieb in jedem Falle feststellen, wo dieselben Waren in einem quantitativ noch so ungeheuer verschiedenen Grade umgesetzt werden. Dem wird allerdings in der Literatur mehrfach und meines Erachtens mit Recht widersprochen, so von Staub,[1]) Lehmann-Ring (S. 157), Horrwitz (S. 56/57) und Fulda (S. 16). Die zuerst genannten Autoren übersehen ganz, daß ein Engrosgeschäft sich hinsichtlich des Kundenkreises und Warenabsatzes wesentlich von einem Detailgeschäft unterscheidet, und daß dem Prinzipal von seinem Angestellten bei Einhalten dieser ausgesprochen klaren Unterscheidungsgrenze zwischen Groß- und Kleinbetrieb ein Schaden überhaupt nicht zugefügt werden kann. Wenn Oesterhelt (S. 19/20), der sich zu der Goldmannschen Ansicht bekennt, von „besondes umfangreichen Detailgeschäften" spricht, die den Prinzipal — der Grossist ist — empfindlich benachteiligen können, so ist dem einfach zu entgegnen, daß besonders umfangsreiche Detailgeschäfte ihren Namen nicht mehr verdienen und richtiger als Engrosgeschäfte zu bezeichnen sind. Diese sind dem Handlungsgehilfen zu entziehen. Aber es würde eine große, durch nichts zu begründende Härte und eine Verkennung des legislatorischen Zweckes des Konkurrenzverbotes sein, wenn man dem Angestellten

[1]) Staub S. 326; RGE. Bd. 31 S. 99, 100.

eines Grossisten durch das Untersagen eines gelegentlichen Kleinhandels eine verdiente Erweiterung seiner Einnahmequellen unmöglich machen wollte. Das Skurrile der durch eine solche Interpretation geschaffenen Rechtslage leuchtet besonders dann ein, wenn man sich vorstellt, wie der Prinzipal aus dem angeblich verbotswidrigen Tun seines Gehilfen gemäß § 61 HGB. die Konsequenzen zieht und, da ein Schadensersatzanspruch nicht möglich ist, sein Eintrittsrecht geltend macht. Der Kaffeegrossist, der nur mit Hunderten rechnet und Ladenkundschaft überhaupt nicht kennt, legt die Hand auf 50 Pfennige, die sein Angestellter durch ein Privatgeschäft hat gutmachen wollen!

Auch zu dem Vorschlage einer konkreten, von Fall zu Fall sorgfältig entscheidenden, nach der Eigenart des Gegenstandes differierenden Einzelprüfung der Frage[1]) kann ich mich nicht bekennen. Liegt nur die Tatsache der absoluten Artverschiedenheit des Betriebes vor, so ist die Gefährdung der Vermögenslage des Prinzipals und damit die Anwendbarkeit des Konkurrenzverbotes ausgeschlossen. Wenn Brand (S. 209), der sich übrigens zu dieser Frage in ähnlicher Weise äußert, meint, daß aber solche Handlungen „aus anderen Gründen mit der Treuepflicht des Gehilfen kaum vereinbar sind, so weiß ich nicht, was für Gründe er damit meint". Noch viel weniger verständlich sind mir allerdings die durch keinen praktischen Beleg gestützten Behauptungen Herings (S. 15): „Es ist sehr wohl denkbar, daß der Gehilfe eines Grossisten aus seiner Kenntnis von der Art des Engrosbetriebes Vorteil zieht und durch deren Verwertung beim Geschäftemachen in einem Detailgeschäft derselben Branche dem Prinzipal empfindlichen Schaden zufügen kann".

Die Rücksichtnahme auf den eigentlichen Zweck der Bestimmung des § 60, d. h. auf die Unterdrückung einer den Prinzipal in seinem tatsächlichen Geschäftsinteresse verletzenden Konkurrenztätigkeit seines Handlungsgehilfen, muß auch bei der Beurteilung der anderen Erscheinungsformen des modernen Handelsgewerbes bestimmend sein, wenn die Frage nach der legalen Berechtigung des Angestellten, selbständig Geschäfte abzuschließen, aufgeworfen wird. So wird sich dieser, wie v. Mantey (S. 23) richtig hervorhebt, mit dem An- und Verkauf von antiquarischen Büchern befassen dürfen, wenn der Prinzipal, trotzdem er Buchhändler ist, solche überhaupt nicht oder nur ausnahmsweise führt. Desgleichen wird ihm der Vertrieb von Unterhaltungsschriften gestattet werden müssen, wenn im Geschäfte seines Dienstberechtigten nur wissenschaftliche Werke zum Verkauf gelangen. Ein gemischter Betrieb von seiten des

[1]) Dieser Vorschlag wird von Dörken (S. 21) gemacht.

letzteren schließt, selbst wenn er erst nach dem Dienstantritt des Handlungsgehilfen eingerichtet wird, dessen selbständige Erwerbstätigkeit auf dem genannten Gebiete aus, denn die beiden Geschäftszweige sind innerlich miteinander verwandt und gehören zudem nicht mehreren organisch voneinander getrennten Unternehmungen an.

Ebenso greift das Konkurrenzverbot Platz, wenn zwar, rein äußerlich und objektiv betrachtet, das Geschäftemachen des Handlungsgehilfen sich in seiner Eigenart grundlegend von dem des Inhabers unterscheidet, wenn aber dabei doch das Interesse des letzteren einer naheliegenden Gefährdung ausgesetzt ist, wenn also z. B. der Angestellte Zigarren oder Wein nur als Kommissionär für Rechnung eines Dritten kauft, während der Prinzipal diese Waren in seinem Geschäft für eigene Rechnung in den Handel bringt.

Zum Schlusse dieses Teiles meiner begrifflichen Analyse möchte ich noch bemerken, daß dieselbe weitzügige, auf den Kern und gewollten Zweck des Gesetzesparagraphen zurückgehende Auslegung des Konkurrenzverbotes auch dann vorzunehmen ist, wenn der Prinzipal sich als eine Personenmehrheit oder als eine juristische Person darstellt. Ein prinzipieller Unterschied wird bei der Bestimmung des Handelszweiges durch das Vorhandensein einer Handelsgesellschaft nicht begründet. Nur ist dabei vielleicht noch besonders hervorzuheben, daß die Feststellung der von der Gesellschaft regelmäßig vorgenommenen Handelsgeschäfte auf Grund einer Prüfung des Tatbestandes und nicht im Anschlusse an die statutarischen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vorzunehmen ist. Denn dieser kann sich seit seiner Errichtung längst überlebt, der Betrieb des Unternehmens kann sich grundlegend erweitert oder enger gezogen haben; es können vor allen Dingen ganze Warenzweige, die als projektiert im Gesellschaftsvertrage festgelegt wurden — besonders die Aktiengesellschaften ziehen ja in ihren Statuten, da eine bestimmte, konkrete Angabe vom Gesetz nicht vorgeschrieben ist, den Kreis der angeblich ins Auge gefaßten Geschäftsunternehmungen sehr weit[1]) —, es können ganze Warenzweige nie in den tatsächlichen Bestand des Geschäftes aufgenommen worden sein. Überall hier wird man im Gegensatz zu Staub (S. 707), der den statutarischen Gegenstand entscheiden lassen will, der Wirklichkeit Rechnung tragen und den Willen des Gesetzgebers dadurch am besten zur Ausführung bringen, daß zwar eine im Betriebe der Gesellschaft innerlich begründete und aus ihrem Wesen organisch herauswachsende Erweiterung des Handels-

[1]) vgl. hierüber Makower S. 468.

zweiges auch den Umfang des Konkurrenzverbotes ausdehnt, selbst wenn sie im Gesellschaftsvertrage nicht vorgesehen sein sollte, daß aber andererseits hierunter auch nur solche Unternehmungen fallen, die tatsächlich betrieben werden, und daß dem Handlungsgehilfen nicht die Vornahme von Geschäften entzogen werden kann, die zwar statutengemäß in den Rahmen des Betriebes der Gesellschaft gehören, an deren Verwirklichung man aber nie gegangen ist. Die Gefahr einer Verletzung der Interessen der Gesellschaft durch eine konkurrierende Tätigkeit des Angestellten ist hier von vornherein ausgeschaltet.

Bei der Bestimmung des zweiten grundlegenden Begriffes im eigentlichen Konkurrenzverbot, des Geschäftemachens, kommt uns der Gesetzestext nicht ausdrücklich zu Hilfe. Man wird ihn daher am besten interpretieren, wenn man ihn auffaßt, wie er im praktischen Leben angewandt und verstanden wird. Gareis (S. 65), der sich von dieser Auffassung entfernt, kommt dabei zu Schlußfolgerungen, die dem Geist des Gesetzes nicht gerecht werden und seinen tatsächlichen Inhalt und Zweck auf den Kopf stellen. Er meint, Geschäftemachen bedeute „ein Mittelding zwischen einem Handelsgewerbebetriebe einerseits und der Vornahme eines einzelnen Geschäftes andererseits". Er sieht das hervorstechende Merkmal des Begriffes also in einer, sei es auch nur sporadischer Pluralität („Geschäfte") und kommt von dieser Prämisse ausgehend zu dem ganz logischen Schluß, daß dem Handlungsgehilfen bloß die Vornahme mehrerer Geschäfte verboten, der Abschluß eines einzelnen ihm dagegen gestattet sei. Das würde aber ganz dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen und entspricht auch nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch. Wir verstehen gemeinhin unter Geschäftemachen die Entfaltung einer „spekulativen",[1] d. h. auf Gewinn abzielenden Tätigkeit.[2] Diese kann aber bereits in dem Abschluß eines einzelnen Geschäftes zu erkennen sein, und um das Konkurrenzverbot als verletzt erscheinen zu lassen, ist es durchaus nicht nötig, daß eine Mehrzahl von gesetzwidrigen Rechtshandlungen vorliegt; auch ein einziges Geschäft kann dem Prinzipal erheblichen Schaden zufügen. Das charakteristische Begriffsmerkmal ist dabei, daß die Geschäfte dem Handlungsgehilfen zu Erwerbszwecken dienen und daß sie herausfallen aus dem Rahmen der zur Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse normalerweise notwendigen Rechtshandlungen. Dieses Moment ist für die richtige Auffassung der ganzen Bestimmung sehr wesentlich. Das Konkurrenzverbot

---

[1]) Staub S. 325.

[2]) Ähnlich äußern sich Dörken S. 22, Hartmann S. 15, Horrwitz S. 56 und Lehmann S. 97.

umfaßt daher jedes, also auch jedes einzelne Rechtsgeschäft, dem eine spekulative Gewinnabsicht des Angestellten zugrunde liegt. Aber auch nur ein solches. Ausgeschlossen sind selbst umfangreichere An- und Einkäufe, die nicht Erwerbszwecken des Handlungsgehilfen dienen, die dieser nur im Interesse einer Ersparnis an persönlichem Kostenaufwand vornimmt. So darf unter diesen Voraussetzungen der in einem Herrenkonfektionsgeschäft dauernd tätige Handlungsgehilfe sich in einem anderen Maßgeschäft seine Garderobe beschaffen, der Angestellte eines Bankiers kann anderswo für eigene Vermögensanlage sich Börsenpapiere kaufen, und der Gehilfe eines Spirituosengeschäftes kann seinen Eigenbedarf an Likör aus Billigkeitsgründen in irgendeinem Konkurrenzunternehmen decken.[1]) Sie alle stehen auf dem Boden des Rechts. Sie würden diesen aber sofort verlassen und mit dem § 60 HGB. in Konflikt geraten, wenn sie diese Einkäufe machten, um die betreffenden Waren und Papiere zu erhöhten Preisen weiter zu veräußern. Die spekulative Gewinnabsicht, die in diesem Rechtsgeschäft zum Ausdruck kommt, stempelt die Handlung zu einer verbotswidrigen, und es ist völlig gleichgültig, ob diese Absicht tatsächlich von Erfolg gekrönt wird, ob dem Handlungsgehilfen ein wirklicher Vermögensvorteil erwächst oder nicht. Ebenso ist es nicht unerläßlich, daß er das von dem Konkurrenzverbot berührte Geschäft gerade zum Abschluß bringt.[2]) Es genügt das Vorhandensein einer jeden Tätigkeit, die auf den Abschluß eines gewinnbringenden, aus Erwerbszwecken unternommenen Geschäftes hinweist.

So erklärt es sich, daß von dem Verbote auch die bloße Vermittlung von Geschäften betroffen wird, die in den Handelszweig des Prinzipals gehören, denn auch hier drückt sich die dem eigenen Interesse dienende spekulative Tendenz aus, und es ist selbstverständlich gleichgültig, ob die Vermittlungstätigkeit selbst auch von dem Prinzipal betrieben wird. Hauptsache bleibt, daß in dem Warenzweige eine Identität vorliegt, der Geschäftsherr selbst braucht nicht Handlungsagent (§§ 84 ff. HGB.) oder Handelsmäkler (§§ 93 ff. HGB.) zu sein. Es ist auch nicht nötig, daß der Gehilfe selbst als Vertragsteil auftritt. Dies führt uns zu einer weiteren Betrachtung.

---

[1]) In recht anschaulicher Weise wird der Nonsens einer anderen Auffassung von Hering durch einige praktische Beispiele erläutert.

[2]) Mugdan-Falkmann Bd. 13 S. 229; Oesterheld S. 21. — In diesem Falle kann der Prinzipal das ihm nach § 61 zustehende Eintrittsrecht nicht geltend machen; es wird ihm aber ein Schadenersatzanspruch und das Recht zur fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses nach §§ 70, 72,1 zuerkannt werden müssen.

Der Ausdruck „spekulative Gewinnabsicht" bedeutet nicht, daß der Vorteil aus dem Geschäfte dem Gehilfen selbst zufließen muß. Sogar dann, wenn dieser aus bloßer Gefälligkeit einem Dritten durch Abschluß des Geschäftes zu einem Vermögensvorteil verholfen hat, bleibt doch das Geschäft verbotswidrig, vorausgesetzt, daß es sich im Handelszweige des Prinzipals bewegt.[1]) Ja gegebenenfalls kann schon das bloße Kreditgewähren und Geldleihen an einen Konkurrenten als gesetzwidrige Handlung ausgelegt und dem Gehilfen auf Grund von § 60 untersagt werden;[2]) denn der Paragraph will eben verhindern, daß der Angestellte überhaupt mit seinem Brotherrn in Wettbewerb tritt. Es ist in der Literatur noch nicht festgestellt worden, daß die Spekulationsabsicht zur Begründung des Verbots ein wesentliches Erfordernis nur auf seiten desjenigen zu sein braucht, für dessen Rechnung das Geschäft gemacht wird, nicht bloß auf seiten dessen, der das ganze Geschäft durch seine Hilfe zustande bringt. Allerdings muß in diesem Falle die Gewinnabsicht bei dem Dritten auch tatsächlich vorgelegen haben; ein Geschäft, aus dem ihm unerwarteter, auf jeden Fall unbeabsichtigter Vorteil zufließt, untersteht nicht dem Verbot.

Mit dem bereits besprochenen Fall der Vermittlung von artverwandten, in den Handelszweig des Prinzipals fallenden Geschäften berührt sich auf engste und verfällt derselben negativen Beurteilungsweise die Möglichkeit, daß der Handlungsgehilfe in fremdem Namen, z. B. als Kommissionär oder als Bevollmächtigter, Spekulationsgeschäfte im Warenzweige seines Prinzipals abschließt.[3]) Weiterhin darf er sich auch von demselben Gesichtspunkte aus nicht an Konkurrenzunternehmungen als stiller Gesellschafter oder als Teilhaber einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung betätigen; ebensowenig darf er die Leitung einer Aktiengesellschaft als Direktor oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Geschäftsführer übernehmen, wenn diese Gesellschaften denselben Geschäftszweig wie sein Prinzipal betreiben.[4]) Denn das tatsächliche oder zum mindesten mögliche Resultat einer solchen Tätigkeit, mag es nun gewollt oder unbeabsichtigt sein, ist in allen Fällen die Schädigung der Vermögensinteressen des Dienstberechtigten. Schließlich unterstehen dem Konkurrenzverbot auch die Geschäfte, die der Handlungsgehilfe unter fingiertem Namen mit seinem Prinzipal selbst eingeht.[5]) Zwar ist in diesem Falle unter normalen Verhältnissen eine direkte Interessengefährdung

---

[1]) vgl. Pilz S. 36.
[2]) JW. 1906 S. 736 und Brand S. 208.
[3]) vgl. hierzu Makower S. 198.
[4]) Goldmann S. 298; Horrwitz S. 56.
[5]) Staub S. 326; RG. Bd. 45 S. 32.

des Geschäftsherrn kaum anzunehmen; aber die konkurrierende Tätigkeit des Gehilfen liegt doch dabei in gesteigerter Form klar zutage, und seine ganze Handlungsweise setzt zudem einen solchen Mangel an Offenheit, eine derart willkürliche Aufhebung des eigentlichen Charakters seiner dienstlichen Stellung voraus, daß sie als gegen die guten Sitten verstoßend mit dem Verbot belegt werden muß.

Dagegen darf selbstverständlich der Handlungsgehilfe in eigenem Namen, aber für Rechnung des Prinzipals sich in dieser Weise betätigen. Allerdings muß bei oder unmittelbar nach Abschluß des betreffenden Geschäfts ersichtlich sein, daß es auf Rechnung eines Dritten eingegangen werden sollte; sonst treten auch hier die Folgen der Verbotsverletzung ein.[1]) Denn wenn jemand im eigenen Namen Geschäfte kontrahiert, so liegt die Vermutung nahe, daß er dies auch für eigene Rechnung tut.

§ 7.

Die Geltungsdauer des Konkurrenzverbotes.

Was die zeitliche Umgrenzung des Konkurrenzverbotes anlangt, so haben wir zu unterscheiden zwischen dem Beginn und dem Ende seiner Geltungsdauer. Ihre nähere Bestimmung ergibt sich im Anschluß an den Dienstvertrag, der die Grundlage zu dem zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen bestehenden Anstellungsverhältnis bildet. Dessen Dauer ist maßgebend für den Beginn sowohl wie für die Beendigung des Verbotes, das mit ihm „steht und fällt".[2]) Das ist, allgemein gesagt, ohne weiteres klar und bedarf keiner Erörterung. Aber es ergeben sich doch im einzelnen wesentliche Schwierigkeiten, so zunächst was die genaue Fixierung des Termins anlangt, mit dem das Konkurrenzverbot in Kraft tritt. Da nämlich nur selten der Dienstantritt des Handlungsgehilfen mit dem Tag des Vertragsabschlusses zeitlich zusammenfällt, so ist es fraglich, ob für die Gültigkeitserklärung des § 60 HGB. der tatsächliche oder der rechtliche Beginn des Dienstverhältnisses entscheidend sein soll. Diese Frage ist, soweit ich sehen kann, in der gesamten einschlägigen Literatur trotz ihrer praktischen Dringlichkeit noch nicht aufgeworfen worden.

Man wird hierauf die beste Antwort finden, wenn man an die Lösung dieser Frage von dem Standpunkte des legislatorischen Zweckes und der tatsächlichen äußeren Voraussetzungen des Kon-

---

[1]) vgl. Behrend S. 325.
[2]) Hartmann S. 18.

kurrenzverbotes herantritt. Dieses will den Angestellten dazu verpflichten, seine Kraft und seine Aufmerksamkeit, auf die der Prinzipal einen rechtlichen Anspruch hat, auf das Geschäft zu konzentrieren, in dem er gegen Entgelt angestellt ist; es will andererseits das Interesse des Prinzipals auch noch dadurch wahren, daß es die konkurrierende Tätigkeit des Gehilfen, die diesem bei seinem Einblick in den ganzen Organismus des Handelsunternehmens besonders erleichtert wird, von vornherein unterbindet. Dies alles aber hat zur selbstverständlichen Voraussetzung, daß der Handlungsgehilfe seine Stellung auch tatsächlich angetreten, daß er seine Arbeitskraft, seine ganze kaufmännische Persönlichkeit wirklich schon in den Dienst des Prinzipals gestellt und in dessen Geschäftsbetrieb sich umgesehen hat. Bevor dies der Fall ist, ist dem Konkurrenzverbot jede Anwendungsmöglichkeit abzusprechen, es fehlt ihm der reale Boden, der aus den tatsächlichen äußeren Bedingungen der Handlungsgehilfenstellung besteht. Es wäre daher ganz ungerechtfertigt, wollte man dem Handlungsgehilfen jede konkurrierende Tätigkeit von dem Abschluß des Dienstvertrages an und vor dem tatsächlichen Beginn seines Eintritts in das Geschäft verbieten. Eine praktische Durchführung des Handelsverbotes wäre doch in diesem Falle meistens ein absoluter Nonsens, der an der Realität der Tatsachen, d. h. an dem Umstande scheitert, daß vor Antritt der neuen Stellung der Handlungsgehilfe gewöhnlich eine andere im Geschäfte eines anderen Prinzipals bekleidet. Mit welchem Rechte will man nun aber bloß den zweiten Teil des Gesetzesparagraphen für ihn verbindlich machen, dessen tatsächliche Voraussetzungen doch noch ebensowenig für ihn gegeben sind wie die des ersten? Etwas anderes ist es, wenn der Prinzipal, der sich für einen späteren Termin einen gegebenenfalls besonders gefährlichen Konkurrenten als Gehilfen in seinem Geschäft sichern will, in dem Anstellungsvertrag die Gültigkeit des Verbotes bereits auf den Tag des Vertragsabschlusses festlegt. Besteht aber eine solche besondere Abmachung nicht, so tritt § 60 HGB. erst mit dem Zeitpunkt in Kraft, an dem der Handlungsgehilfe seine Tätigkeit in dem neuen Betriebe aufnimmt.

Was nun den Endtermin der Geltungsdauer des Konkurrenzverbotes anlangt, so haben wir schon einmal betont, daß dieses im Gegensatz zur Konkurrenzklausel mit dem Erlöschen des Dienstverhältnisses sein Ende findet und über dessen Bestehen nicht hinausreicht. Auch hier ergibt sich nun die lange umstrittene Frage, ob dabei die tatsächliche oder die rechtliche Dauer des letzteren entscheidend sein soll. Dernburg[1]) war der Ansicht,

[1]) Dernburg, Schuldverhältnisse S. 465.

das Verbot erstrecke sich nur auf die Dauer der wirklichen Beschäftigung des Handlungsgehilfen und sei unabhängig von der rechtlich, d. h. durch Vertrag vereinbarten Zeitspanne. Dieser Ansicht wird in der Literatur durchweg widersprochen,[1]) und nur Meyer (S. 34) verteidigt sie mit großem Geschick durch Vorbringen neuer Gründe. Ich kann mich zu keinem dieser extremen Standpunkte bekennen und glaube, daß das Richtige in der Mitte liegt. Zur Klärung der Sachlage möchte ich zunächst bemerken, daß die beiden in Frage stehenden Zeitpunkte, der Augenblick der tatsächlichen und der der rechtlichen Beendigung des Dienstverhältnisses, zusammenfallen können, sie brauchen es aber natürlich nicht. Das letztere wird der Fall sein, wenn entweder der Prinzipal oder der Gehilfe das Dienstverhältnis fristlos ohne triftigen Grund auflöst, d. h. ohne daß „eine wesentliche Änderung der Umstände eingetreten ist, die von den Vertragsschließenden bei Eingehung des Vertrages mutmaßlich gewürdigt worden sind".[2]) In diesen beiden Punkten, der grundlosen Kündigung des Prinzipals und der des Angestellten, liegt die eigentliche Bedeutung der ganzen Sache, und diesen beiden Kategorien von praktisch denkbaren Möglichkeiten gemäß wird sich die Antwort auf die Frage nach der Gültigkeitsdauer des Konkurrenzverbotes in ganz verschiedenem Sinne erteilen lassen.

Zunächst also nehmen wir den Fall an, der Handlungsgehilfe sei zu Unrecht, d. h. ohne daß „ein wichtiger Grund" vorliegt,[3]) von seinem Prinzipal entlassen worden, mag nun das Dienstverhältnis auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen worden sein. Diese unrechtmäßige Ausübung des Kündigungsrechtes seitens des Geschäftsherrn hat zur Folge, daß das Dienstverhältnis nicht aufgehoben wird, sondern trotz der ausgesprochenen Entlassung weiter fortbesteht. Daraus ergibt sich, daß auch der vertraglich festgelegte Anspruch des Gehilfen auf Entgelt (Gehalt, Tantieme, Provision, Naturalverpflegung, Spesen oder Diäten usw.) ihm erhalten bleibt und gegebenenfalls klageweise geltend gemacht werden kann.[4]) Soweit diese Remuneration nicht positiv festgelegt ist, kann er sie in der Höhe ihres Wahrscheinlichkeitswertes für sich in Anspruch nehmen. Dieser Anspruch auf Vergütung steht ihm, trotzdem er seine Dienste nicht mehr ableistet, nach §§ 324 Abs. 1, 615 Satz 1 BGB. zu, da ihm ihre Ausführung durch die Schuld des Prinzipals unmöglich gemacht ist. Liegt der Fall vor,

[1]) So von Staub S. 324; Lehmann-Ring S. 157; Goldmann S. 294; Makower S. 198; Horrwitz S. 54 und Hartmann S. 18.
[2]) v. Hahn, Mat. S. 240.
[3]) § 70 HGB.
[4]) JW. 1906 S. 660.

daß der Handlungsgehilfe seinerseits fristlos gekündigt hat und zu dieser Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Prinzipals veranlaßt worden ist, so hat er das Recht, an diesen mit einer Schadensersatzforderung heranzutreten, die sich in der Hauptsache mit seinem Anspruch auf Gehalt, Provision usw. decken wird. Auch hier wird, wie oben, das Dienstverhältnis nicht sofort gelöst, sondern es endet erst mit dem Ablauf der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist. Meine Ansicht bezüglich der Frage des rechtlich gültigen Fortbestehens des Konkurrenzverbots geht nun dahin, daß bei der soeben skizzierten Sachlage der Gehilfe von der Verbindlichkeit des § 60 HGB. nur dann gelöst wird, wenn er auf die Geltendmachung seiner ihm gesetzmäßig nach § 70 Abs. 2 HGB. zustehenden Ansprüche verzichtet. Wollte man dies nicht zugeben, sondern ein Fortbestehen der Wirksamkeit des Verbots verfechten, so wäre der Handlungsgehilfe in der angenehmen Lage, ungestört mit seinem bisherigen Prinzipal in Wettbewerb treten und gleichzeitig die ihm vertraglich gewährte Vergütung unbeschadet des im zuletzt erwähnten Falle ihm zustehenden Schadensersatzanspruches beziehen zu können. Das wäre eine große Härte dem Prinzipal gegenüber, die selbst in der gesetzlich grundlosen Handhabung des Entlassungsrechtes von seiner Seite aus keine genügende Motivierung finden kann. Man muß daher in diesem Falle dem Handlungsgehilfen die Wahl stellen, in welchem Sinne er sich entscheiden will, und nur bei seinem Verzicht auf jegliche Vergütung der Dienste, die er über den Zeitpunkt seiner Entlassung hinaus bei seinem Verbleiben in der bisherigen Stellung geleistet hätte, kann die Aufhebung des Konkurrenzverbotes als gerechtfertigt erscheinen. Andererseits liegt es auf der Hand, daß der Prinzipal, der seinem Handlungsgehilfen ohne triftigen Grund gekündigt hat, an diesen nach dessen Verzicht auf Gehalt, Provision usw. nicht mit der Forderung herantreten kann, er solle den inzwischen errichteten Handelsgewerbebetrieb schließen oder ihm für die Geschäfte, die er im Dienste eines anderen Prinzipals abgeschlossen hat, einen Schadensersatzanspruch überlassen. Denn gemäß § 615 BGB. ist es doch Pflicht des Handlungsgehilfen, durch anderweitige Verwendung seiner Dienste die Verpflichtung des im Verzug befindlichen Prinzipals herabzumindern.[1]) Wie sollen aber die §§ 60 u. 61 HGB. zur Anwendung kommen, wenn der Handlungsgehilfe in der Zwischenzeit in einem Konkurrenzgeschäft eine feste Stellung erhalten hat, um die nach seiner unverschuldeten Entlassung sich zu bemühen das Gesetz ihm nahelegt? An eine Anwendung des Konkurrenzverbotes kann

[1]) So auch Meyer S. 35.

hier ebensowenig gedacht werden wie an die Verwirklichung des von dem früheren Prinzipal vielleicht angebrachten Vorschlages, der Handlungsgehilfe solle wieder bei ihm in Dienst treten.

Es muß ohne weiteres zugegeben werden, daß bei einer engherzigen Auffassung der legislatorische Zweck des Verbotes, dem Prinzipal die volle Arbeitskraft des Angestellten zu erhalten und etwaige ihn schädigende Interessenkonflikte zu vermeiden, nicht erreicht wird. Aber kann denn bei der Lage der Dinge von einer tatsächlichen Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses trotz seines formalrechtlichen Fortbestandes die Rede sein, und hat der Geschäftsherr es nicht selbst lösen wollen?

Ganz anders freilich gestaltet sich die Frage in dem von uns oben an zweiter Stelle erwähnten Falle, wenn nämlich die unrechtmäßige Ausübung des Kündigungsrechts vom Gehilfen vorgenommen wird. Auch hier bleibt das Dienstverhältnis zunächst bis zu dem vertraglich oder gesetzlich festgelegten Kündigungstermin bestehen. Daraus folgt, daß der Prinzipal seinen Anspruch auf die Dienstleistungen und sonstige Vertragspflichten des Angestellten behält und ihm auf dem Wege der Klage Nachdruck geben kann; außerdem steht ihm ein Schadensersatzanspruch zu, wenn er zu einer fristlosen Entlassung durch schuldhaftes, vertragswidriges Verhalten des Dienstpflichtigen gezwungen oder berechtigt wurde. Dieser kann zwar eine Vergütung seiner Leistungen für die Zeit verlangen, während der er tatsächlich in Stellung war (§ 614 BGB.) — die im voraus entrichtete Dienstentschädigung kann auf Grund von § 628 Abs. 1 BGB. zurückgefordert werden —, aber er hat, abgesehen von seiner Dienstleistung, die, wie gesagt, dem Prinzipal nach wie vor rechtlich zusteht, alle sonstigen Pflichten zu beobachten, die ihm oblägen, wenn er noch in seiner bisherigen Stellung tätig wäre. Hierzu gehört aber auch, daß er ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handelsgewerbe treibt, noch in dessen Handelszweige für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte macht. Außerdem muß er u. a. über die Vorkommnisse im Geschäft Stillschweigen beobachten, deren Bekanntwerden den Besitzer irgendwie schädigen könnte. Die Absicht zu schaden ist dabei ohne Belang.[1])

Diese Auffassung entspricht auch der mutmaßlichen Absicht des Gesetzgebers, den Prinzipal in seinem kommerziellen Interesse dem Handlungsgehilfen gegenüber sicherzustellen. Würde man nämlich unter den zuletzt gegebenen Prämissen die Gültigkeitsdauer des Konkurrenzverbotes von dem tatsächlichen Bestehen des Dienstverhältnisses abhängig machen und es mit dessen Endigung

[1]) vgl. JW. 1900 S. 75 Nr. 13.

annullieren wollen, so wäre der Prinzipal einem böswilligen Angestellten gegenüber in einer hilflosen Lage. Dieser könnte dann, sobald sich ihm eine günstigere selbständige oder abhängige Position oder auch nur die Gelegenheit zu vorteilhaften umfangreicheren Konkurrenzgeschäften böte, auf dem Wege des Kontraktsbruches seine Vertragspflicht beiseite schieben, er könnte zu einer Konkurrenzfirma übergehen oder einen Eigenbetrieb errichten und seinen Prinzipal durch Ausnutzen der Vertrauensstellung, die ihm dieser gewährt, empfindlich schädigen. Und statt aus dem Konkurrenzverbot Rechte für sich abzuleiten, könnte der Geschäftsherr nur einen Anspruch auf Ersatz des ihm wegen vorzeitiger Lösung des Vertrages entstandenen Schadens erheben. Dieser Ansicht muß, obwohl sie von einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts gestützt wird,[1]) energisch entgegengetreten werden. Man wird sich mit vollem Fug und Recht der Auffassung anschließen, die dasselbe Gericht bereits auf Grund des gemeinen Rechts einem Handlungsgehilfen gegenüber zum Ausdruck gebracht hat, der seinen Dienst ohne triftigen Kündigungsgrund verlassen und einen Konkurrenzbetrieb errichtet hatte:

> „Beklagter kann sich offenbar nicht durch seinen Kontraktbruch den Vorteil verschaffen, Handlungen, welche bei gebührender Fortsetzung des Dienstverhältnisses widerrechtlich gewesen wären, infolge verweigerter Fortsetzung als rechtlich zulässig betrachten zu dürfen".[2])

Man wird also im Falle einer unberechtigten fristlosen Kündigung von seiten des Handlungsgehilfen die Gültigkeit des Konkurrenzverbotes auch nach der tatsächlichen Beendigung des Dienstverhältnisses behaupten und dem Prinzipal die Berechtigung zusprechen müssen, selbst nach dem Fortgange seines Angestellten diesen klageweise für die Bestimmungen des § 60 HGB. verbindlich zu machen.

III. Rechtsfolgen der Verbotsverletzung.

§ 8.

Allgemeines.

Die Verletzung des Konkurrenzverbotes stellt sich dem legislatorischen Zweck dieser gesetzlichen Bestimmung entsprechend dar nicht als eine strafrechtlich relevante (strafbare), sondern als eine

[1]) ROHG. Bd. 16 S. 171.
[2]) ROHG. Bd. 1 S. 42 f.

vertragswidrige Handlung, oder, wie Wendt[1]) es ausdrückt, sie enthält „eine Pflicht-, nicht eine Rechtsverletzung". Das öffentliche Interesse ist an der Erfüllung der dem Handlungsgehilfen kraft seines Dienstvertrages zufallenden Obliegenheiten nicht beteiligt; der Allgemeinheit kann es gleichgültig sein, ob der Angestellte in seinem Namen oder in dem seines Prinzipals Kaufverträge abschließt, ob er für eigene Rechnung oder für Rechnung des Dienstberechtigten Handelsgeschäfte irgendwelcher Art vornimmt. Das geht schon daraus hervor, daß die Übertretung des Verbotes mit Genehmigung des Prinzipals zulässig ist. Von einer Strafdrohung durch das Gesetz kann also nicht die Rede sein, obgleich der Entwurf zu einem württemb. Handelsgesetzbuch dies verkannte und die Verletzung des Konkurrenzverbotes unter Strafe stellen wollte.[2]) Außerdem wirkt die Bestimmung des § 60 HGB., dem ihr zugrunde liegenden Zweckgedanken, den Prinzipal zu schützen, gemäß, rein obligatorisch zwischen diesem und dem Angestellten. Sie begründet „von Person zu Person ein obligatorisches Soll",[3]) das lediglich dem inneren Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstberechtigten und dem Dienstverpflichteten angehört.[4]) Eine weitergehende Wirkung wird dadurch nicht erzeugt, so daß eine Zuwiderhandlung weder die Ungültigkeit noch die Anfechtbarkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge hat, sondern dieses bleibt in seiner vollen juristischen Wirksamkeit bestehen. Hieraus ergibt sich einmal, daß im Falle einer Übertretung kein anderer als der Prinzipal zur Erhebung der daraus resultierenden Ansprüche berechtigt ist, und weiterhin ist klar, daß der Geschädigte Rechte nur der anderen Vertragspartei gegenüber hat, daß ihm keine Ansprüche an den Dritten zustehen, mit dem dieser kontrahiert hat. Außerdem geht aus dem rein obligatorischen Charakter des ganzen Konkurrenzverbotes, das ein auf Vertrauen basierendes Dienstverhältnis schützen will, hervor, daß die Rechtsgültigkeit der verbotswidrig abgeschlossenen Geschäfte dem Dritten gegenüber bestehen bleibt. Dafür spricht auch der Billigkeitsgrund, daß man doch jemanden, der die Geltungskraft des Verbotes für seinen Gegenkontrahenten nicht gekannt hat, nicht für dessen Übertretung verantwortlich machen und ihn durch eine Nichtigkeitserklärung der von ihm in gutem Glauben abgeschlossenen Geschäfte schädigen kann.

---

[1]) Bei Endemann Bd. 1 S. 257.
[2]) vgl. hierüber Behrend S. 325.
[3]) Wendt a. a. O.
[4]) Es läßt sich darüber streiten, ob man die Verletzung des Konkurrenzverbotes als eine unerlaubte Handlung im Sinne der §§ 823 ff. BGB. anzusehen hat. Unserer Meinung nach ist auch dies nicht angängig.

Diese Auffassung des Verbotes ergibt sich nicht nur aus der zwingenden Logik einer auf der ratio legis und dem allgemeinen Charakter des Gesetzes verweilenden Betrachtung, sondern sie wird auch schon im Text des § 60 HGB. durch Anwendung des Wortes „darf" ausdrücklich nahegelegt. Denn nach Planck[1]) ist nur der Rechtsakt, in Beziehung auf den gesagt wird, daß er nicht geschehen kann, unwirksam, wenn er trotzdem vorgenommen wird. „Der Rechtsakt dagegen, von dem gesagt wird, daß er nicht vorgenommen werden darf, ist wirksam und zieht für denjenigen, welcher ihn der Vorschrift zuwider vorgenommen hat, nur andere Nachteile nach sich, insbesondere die Verpflichtung zum Schadensersatz." Im gleichen Sinne, wenn auch nicht absolut so eindeutig, äußert sich hierzu Dernburg.[2]) Die Nichtaufrechterhaltung der von dem Handlungsgehilfen verbotswidrig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ist außerdem nach § 134 BGB. zu leugnen, da sich das konträre Gegenteil dazu aus dem Text des Gesetzes selbst ergibt, das in § 61 HGB. von einem Eintrittsrecht des Prinzipals spricht, die Gültigkeit also ohne weiteres voraussetzt.

Was nun die Rechtsansprüche anlangt, die dem Prinzipal aus einer Übertretung des § 60 HGB. erwachsen, so finden sich nur zwei, die beiden hauptsächlichsten, in unmittelbaren Anschluß an das Konkurrenzverbot geregelt. Es sind dies der Schadensersatzanspruch und das Eintrittsrecht, die ihm von § 61 Abs. 1 folgendermaßen zugesprochen werden:

> „Verletzt der Handlungsgehilfe die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung, so kann der Prinzipal Schadensersatz fordern, er kann statt dessen verlangen, daß der Handlungsgehilfe die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete".

Neben diesen beiden Hauptrechten, deren Tendenz darauf hinausläuft, dem Prinzipal für den ihm entstandenen Schaden ausgleichenden Ersatz zu geben, stehen diesem noch andere Rechte zu, mit deren Hilfe er sich in erster Linie vor weiteren schweren Beeinträchtigungen seines Geschäftsinteresses schützen und einer Übertretung der gesetzlichen Bestimmung in Zukunft vorbeugen kann. Er kann auf Grund von §§ 70 Abs. 1, 72 Ziff. 1 HGB. den Gehilfen sofort entlassen, da in der Übertretung des für das Bestehen des Anstellungsverhältnisses so bedeutsamen Konkurrenzverbotes

---

[1]) Planck Bd. 1 S. 25, 27 u. 28.
[2]) Dernburg Bd. 1 S. 18f.

ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung gesehen werden muß, „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen". Es steht ihm weiterhin eine Klage auf Unterlassung zu; betreibt der Gehilfe, ohne die Genehmigung seines Geschäftsherrn eingeholt zu haben, ein Handelsgewerbe, so kann dieser verlangen, daß der Betrieb aufgegeben wird. Ferner hat er im Zweifelsfalle, sobald er berechtigten Grund zu der Annahme zu haben glaubt, daß Handlungen seines Angestellten vorliegen, die gegen das Verbot verstoßen, den Anspruch auf eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. Schließlich kann er außerdem noch von dem früheren Gehilfen Ersatz für den Schaden beanspruchen, der ihm durch die plötzliche Aufhebung des Dienstverhältnisses entstanden ist.

Alle diese Haupt- und Nebenrechte des Prinzipals, die übrigens unterschiedslos von diesem bei den Kaufmannsgerichten vorgebracht werden, falls der Jahresarbeitsverdienst des Handlungsgehilfen den Betrag von 5000 Mk. nicht übersteigt — Gesetz betr. die Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 1904 §§ 4 u. 5 —, sollen in den nächsten Kapiteln nacheinander zur Sprache gebracht werden.

§ 9.

Verhältnis der beiden Hauptrechte des Prinzipals zueinander.

Wenn wir die beiden Hauptrechte, die dem Prinzipal aus einer Übertretung des § 60 HGB. durch seinen Handlungsgehilfen erwachsen, in ihrem gegenseitigen Verhältnis betrachten, so führt uns ein kurzer historischer Rückblick zu demselben Resultate, das wir bereits früher des öfteren feststellen konnten, daß nämlich das Konkurrenzverbot in seiner jetzigen Fassung, obwohl es eine im Interesse des Prinzipals erlassene Schutzbestimmung ist, doch in bezug auf den Angestellten einen modern liberalen Charakter zeigt und jede unnötige Härte ihm gegenüber aufgegeben hat. Das war im alten Handelsgesetzbuch nicht durchgängig der Fall. Dort besagte Art. 56 Abs. 3:

> „Auch muß sich der Prokurist oder Handlungsbevollmächtigte auf Verlangen des Prinzipals gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals geschlossen angesehen werden".

Aus diesem Wortlaut ging klar hervor, daß beide Rechte dem Prinzipal nicht bloß wahlweise, elektiv, sondern auch nebeneinander, kumulativ, zustanden.[1]) In bezug auf die Gesellschaft

[1]) Behrend S. 327.

war allerdings durch Art. 97 Abs. 1 mit den Worten „auch kann die Gesellschaft statt dessen" unzweideutig zum Ausdruck gebracht worden, daß die Geltendmachung des einen Rechtes die des anderen ausschlösse. Eine Anzahl Schriftsteller hatten nun aus diesem verschiedenen Wortlaut der beiden Bestimmungen, die doch einander innerlich verwandt sein mußten, die Folgerung gezogen, daß der Prinzipal, um nicht zu einem ungerechtfertigten doppelten Ersatz, zu einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Bereicherung auf Kosten seines Handlungsgehilfen zu gelangen, von der seltsamen Fassung des Gesetzes absehen und seine Rechtsansprüche auf die Höhe der der Gesellschaft zustehenden Forderungen herabschrauben müsse.[1]) Doch dieser Auffassung steht der klare Text der beiden Artikel, die dann vom Gesetzgeber auf eine einheitliche Formel, nämlich die des Art. 97, gebracht worden wären, entgegen. Und wenn auch ein kumulativer Ersatz der durch die Übertretung des Konkurrenzverbotes entstandenen Nachteile schon deswegen selten sein mußte, weil der Handlungsgehilfe eine Rückgabe des ihm zuviel Abgenommenen vom Prinzipal verlangen konnte,[2]) so wäre es diesem doch möglich, eine Kumulation seiner Ansprüche praktisch zum mindesten da durchzusetzen, wo sein Verlust durch die ausschließliche Geltendmachung des einen Rechtes nicht völlig gedeckt war.

Im neuen Handelsgesetzbuch wird nun diese Frage in anderem Sinne beantwortet, und das gegenseitige Verhältnis der beiden dem Geschäftsherrn zustehenden Hauptforderungen ist für jeden Fall unzweideutig geregelt. Hier wird durch den Ausdruck „statt dessen" (§ 61 Abs. 1) zweifelsfrei hervorgehoben, daß dem Prinzipal der Schadensersatzanspruch und das Eintrittsrecht nicht kumulativ, sondern elektiv zustehen. Er kann wählen, ob er sich für den ihm vom Gesetzgeber in erster Linie als Primäranspruch zugebilligten Schadensersatz entscheiden oder ob er das Eintrittsrecht vorziehen will. Diese Bestimmung ist, wie die Denkschrift (S. 326) ausdrücklich bemerkt, im Anschluß an den Inhalt des Art. 97 a. HGB. getroffen, da sie den Forderungen der Billigkeit entspricht.

Unwillkürlich erhebt sich da die Frage: Wird durch diese eben besprochene Neuregelung des gegenseitigen Verhältnisses der beiden Hauptforderungen des Geschäftsherrn wirklich der Gerechtigkeit Genüge geleistet, und ist dem gewollten Zweck des Gesetzgebers gemäß der Inhaber des Geschäftes in seinem Interesse genügend sichergestellt? Im allgemeinen, d. h. in der überwiegenden Mehr-

---

[1]) Eine Aufzählung der verschiedenen Autoren, die sich in diesem Sinne äußerten, findet sich bei Hering S. 35 ff.

[2]) Jetzt nach § 812 BGB.

zahl der Fälle, wird man dies bejahen können, denn entweder deckt der Eintritt des Prinzipals seinen Verlust, oder, wenn dies voraussichtlich nicht geschehen sollte, so kann er nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Schadensersatz in einem derartig weiten Umfange fordern, daß ein Eintritt sich an und für sich als überflüssig erweist. Und überdies muß man zum Lobe des § 61 feststellen, daß durch diese Vereinheitlichung der gesetzlichen Ansprüche die ganze rechtliche Lage vereinfacht ist und Gegenforderungen des Handlungsgehilfen, die ihm aus einer unbilligen doppelten Verwirklichung der Ansprüche seines Prinzipals früher erwuchsen, ausgeschaltet sind. Aber es sind doch immerhin Fälle denkbar,[1]) wo das Eintrittsrecht, für das sich der Geschäftsherr aus irgendwelchen Gründen entschieden hat, zur vollen Begleichung seines Schadens nicht ausreicht und überdies Ersatz für die ihm verbotswidrig zugefügte Benachteiligung geleistet werden müßte. Der Sonderfall, den v. Mantey (S. 48/49) heranzieht, daß nämlich „der Prinzipal nur einen geringen Schadensersatz erhalten hat, nachträglich aber sich aus irgendeiner Veranlassung der Schaden als erheblich höher darstellt, und dieser dann durch den Eintritt am besten gedeckt wird" kann allerdings nicht als stichhaltig betrachtet werden, da man für einen persönlichen Rechenfehler in der Abschätzung eines Vermögensausfalls das Gesetz nicht verantwortlich machen kann.

Ein Punkt sei hier schließlich noch zur Sprache gebracht, der in der Literatur viel umstritten ist, die Frage nämlich, ob die wahlweise Berechtigung des Prinzipals sich als eine facultas alternativa oder als eine obligatio alternativa darstellt. Der generelle Unterschied zwischen diesen beiden Auffassungen ist der, daß bei der letzteren, der Wahlschuld, nach §§ 262 ff. BGB. mehrere Leistungen in der Weise geschuldet werden, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, daß die Schuld durch jede einzelne von ihnen untergeht. Bei der facultas alternativa dagegen wird nur eine Leistung geschuldet, es steht aber dem Gläubiger oder dem Schuldner das Recht zu, statt der ursprünglich ausstehenden Leistung eine andere zu fordern, bezw. zu bewirken. Das Eigenartige der obligatio alternativa liegt darin, daß sich von vornherein mehrere Leistungen in obligatione, aber nur „eine oder die andere" in solutione befinden, im Gegensatz zu facultas alternativa, wo mehrere Leistungen in solutione sind und nur eine in obligatione. Beide Meinungen haben ihre Verteidiger gefunden; und zwar hat sich zunächst Goldmann (S. 300) dahin geäußert, daß im praktischen Anwendungsfalle

[1]) Hartmann (S. 29) und Meyer (S. 59) führen je einen an.

des § 61 Abs. 1 HGB. ein Wahlschuldverhältnis im Sinne von §§ 262 ff. BGB. vorliege, bei welchem aber das Wahlrecht nicht — wie dies § 262 BGB. gemäß im Zweifel der Fall ist — dem Schuldner, sondern dem Gläubiger, nämlich dem Prinzipal, zusteht. Der Meinung Goldmanns schließen sich unter anderen besonders Düringer-Hachenburg (S. 420), Lehmann-Ring (S. 159), Hartmann (S. 31), Meyer (S. 60, 63) und Horrwitz (S. 60) an. Sie alle sind der Ansicht, daß bei einer Konkurrenzverbotsübertretung zwei Leistungen von Anfang an geschuldet werden, sich in obligatione befinden. Der Prinzipal hat nun das Bestimmungsrecht, welcher von seinen beiden gesetzlichen Ansprüchen befriedigt werden soll, welche Leistungen zu bewirken sind. Mit der Erfüllung einer einzelnen erlischt das Schuldverhältnis, da dieses auf die gewählte Leistung konzentriert wird und man die letztere als die von Anfang an zu bewirkende betrachtet (§ 263 BGB.).

Diese Auffassung hat bei der klaren Identifizierung der Definition des Wahlschuldverhältnisses mit dem in die Praxis übertragenen Inhalt des § 61 HGB. auf den ersten Blick etwas Bestechendes, und doch ist sie meiner Meinung nach unzutreffend: die praktische Konsequenz aus dieser Ansicht würde nämlich sein, daß gemäß § 264 BGB. Abs. 2, falls der Prinzipal zögert, seine Wahl vorzunehmen, also in Verzug kommt, der Handlungsgehilfe ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme seiner Wahl auffordern dürfte. Nach Verlauf dieser Frist ginge das Wahlrecht auf den Handlungsgehilfen über. Hierin liegt der Hauptgrund für die Nichtannehmbarkeit der Ansicht Goldmanns. Denn es würde dem grundlegenden Zweck des Konkurrenzverbotes und der einfachsten Vernunft widersprechen, wenn man dem treulosen Handlungsgehilfen ein derartiges, sein gesetzwidriges Verhalten ebensowenig wie sein Untergebenenverhältnis würdigendes Recht einräumen wollte. Die Wahl steht von Anbeginn des Bekanntwerdens der Verbotsübertretung lediglich in der Willkür des Prinzipals; und es kann nicht die Absicht eines im Interesse des Geschäftsherrn geschaffenen Gesetzes sein, Angestellte zu schützen, die eine Vertrauensstellung in treuloser Weise zum Schaden des Prinzipals ausgenützt haben. Daher neigen auch viele Schriftsteller der anderen, zuerst von Staub (S. 327) geäußerten Auffassung zu, daß im vorliegenden Falle das Wahlverhältnis des Geschäftsherrn als eine facultas alternativa creditoris anzusehen ist.[1]) Dafür spricht neben der bereits erwähnten Tatsache,

[1]) So auch Makower S. 199; Tiedemann S. 52; Neumann S. 37; Roth S. 25.

daß die praktische Durchführung der von Goldmann vertretenen These zu unhaltbaren, mit der prinzipiellen Tendenz des Paragraphen unverträglichen Konsequenzen führen würde, auch der bloße Hinweis auf den Text. Hier wird an erster Stelle als zunächst einzig geschuldete Leistung Ersatz des entstandenen Schadens erwähnt. Dies wird noch durch den im folgenden gebrauchten Ausdruck „statt dessen" besonders unterstrichen, durch den der Gesetzgeber offensichtlich hervorheben will, daß erst dann, wenn der Prinzipal von dem ihm in erster Linie zugestandenen Schadensersatzanspruch keinen Gebrauch macht, von dem Eintrittsrecht die Rede sein kann. Der Handlungsgehilfe ist daher zunächst nur schadensersatzpflichtig, d. h. allgemein gesprochen: Eine Leistung ist in obligatione; sein Prinzipal, der Gläubiger, kann aber statt der ursprünglich zu bewirkenden eine andere, nämlich die Überlassung des Eintrittsrechts fordern. Ein Wahlschuldverhältnis, bei dem von vornherein zwei Ansprüche vorliegen und die Grundlage der gegenseitigen rechtlichen Stellung zwischen dem Geschäftsherrn und seinem Gehilfen bilden würden, kann aus dem Text des Gesetzes ebensowenig wie aus der Praxis eruiert werden. Sollte der Angestellte in falscher Auffassung der Rechtslage dem Prinzipal zur Ausübung seines Wahlrechts eine Frist setzen, so ist dessen Vorzug ohne jede Bedeutung. § 264 Abs. 2 BGB. kommt nicht in Anwendung. Die Ansprüche des Prinzipals bleiben ungeachtet jeder Aufforderung von seiten des Gehilfen so lange bestehen, bis sie nach Verlauf der betreffenden in § 61 Abs. 2 bestimmten Verjährungsfristen erlöschen.

Was nun schließlich noch die juristische Natur der Wahl des Prinzipals anlangt, so ist sie eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach § 263 Abs. 1 BGB. dem anderen Teile, d. h. dem Gehilfen, abzugeben ist. Dieser Erklärung steht die gerichtliche Geltendmachung eines der beiden Hauptansprüche gleich. Die Wahl ist, nachdem sie einmal vorgenommen, unwiderruflich.[1]) Der Prinzipal kann daher, wenn er sich für die Verwirklichung des primären Rechts, des Schadensersatzanspruchs, entschieden hat, nicht nachträglich diese Wahl annullieren und von seinem Angestellten verlangen, daß er ihn in die von ihm abgeschlossenen Geschäfte eintreten lasse. Dagegen gibt ihm das Gesetz das Recht, selbst dann, wenn ihm durch eine Verletzung des Konkurrenzverbotes kein Schaden zugefügt ist, sein Eintrittsrecht durchzusetzen.[2])

---

[1]) vgl. Staub S. 327; Brand S. 210; and. M. Makower S. 199; Goldmann S. 300.

[2]) Cosack S. 89.

§ 10.

Der Schadensersatzanspruch.

Von den beiden dem Prinzipal zustehenden Hauptrechten bringen wir hier zuerst den Schadensersatzanspruch zur Sprache, da sich dieser, der Charakterisierung entsprechend, die wir der wahlweisen Berechtigung des Prinzipals gegeben haben, als die primäre Grundlage der durch eine Konkurrenzverbotsverletzung geschaffenen Rechtslage erweist. Der Schadensersatzanspruch, wie ihn das Handelsgesetzbuch in § 61 Abs. 1 für den Geschäftsherrn aufstellt, wird allgemein generell ohne irgendwelche Sonderbestimmungen über die Art seiner Geltendmachung oder über die Fixierung des rechtmäßigen Umfanges der zu erstattenden Leistungen dem Beschädigten zugesprochen. Man muß daher im Anschluß an Art. 2 EG. z. HGB. auf die betreffenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 249, 251, 252) zurückgreifen. Darnach gliedert sich, was zunächst die Art der Erfüllung der Rechtsansprüche anlangt, die Zahl der bei einem Schadensersatz praktisch denkbaren Möglichkeiten in zwei Hauptkategorien, in solche, die nach dem Prinzip der Naturalrestitution, und in solche, die auf dem Wege einer Geldentschädigung geregelt werden. In erster Linie muß der Handlungsgehilfe nach § 249 BGB. den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre,[1]) d. h. wenn er nicht gegen § 60 HGB. verstoßen hätte. Da dies in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle objektiv unmöglich sein wird und die bereits abgeschlossenen Geschäfte sich kaum oder nur selten werden annullieren lassen, so hat er seinen Prinzipal in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB.). Zu dieser letzteren Möglichkeit wird er besonders dann greifen, wenn, wie das Gesetz (§ 251 Abs. 2 BGB.) sagt, die Wiederherstellung des früheren Zustandes nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen denkbar ist oder zur Entschädigung des Prinzipals nicht ausreicht. Es liegt in der Natur der Sache, daß in der Praxis eine Geldentschädigung wegen der unvergleichlich größeren Bequemlichkeit die Regel bilden wird.

Was nun die Festlegung des wirklichen Umfanges anlangt, den der dem Prinzipal durch die Konkurrenzverbotsübertretung erwachsene Schaden besitzt, so bestimmt sich dieser nach dem Interesse, das der Geschäftsherr an der Unterlassung der inkriminierten Handlung hat. Der Gehilfe hat also nicht nur für den

[1]) vgl. Windscheid Bd. 2 S. 55.

tatsächlich dem Prinzipal zugefügten Verlust, das damnum emergens, einzustehen; der zu ersetzende Schaden umfaßt nach § 252 BGB. auch den entgangenen Gewinn, das lucrum cessans. Als entgangen gilt nach dem Wortlaut des Gesetzes der Gewinn, der „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". Dazu gehört aber nicht etwa der von dem Angestellten durch das verbotene Geschäft erzielte Gewinn, denn diesen kann der Prinzipal nur auf dem Wege des Eintritts für sich in Anspruch nehmen.[1]) Auch muß das Plus, das der Gehilfe bei seinen unerlaubten Geschäften für sich buchen kann, trotz der gegenteiligen Ansicht de Gueherys (S. 53) durchaus nicht mit dem zugefügten Schaden identisch, es kann sowohl höher wie niedriger als dieser sein.[2]) Allgemeine Grundsätze über das gegenseitige Verhältnis dieser beiden Werte lassen sich überhaupt nicht aufstellen, da diese Frage eine quaestio facti ist, die sich je nach der Lage der Dinge in verschiedenem Sinne beantwortet. Die Höhe seines Verlustes sowie den ursächlichen Zusammenhang zwischen ihm und der Verbotsverletzung muß der Geschäftsherr selbst angeben. Eventuell, d. h. wenn der Betrag des Vermögensschadens streitig ist, ist er für die richtige Schätzung seines Ausfalls unter Eid zu stellen (§ 287 ZPO.). Da ihm dieser Beweis bei seinem meistens recht unvollkommenen Einblick in den verbotenen Handelsgewerbebetrieb oder in die verschiedenen Einzelkonkurrenzgeschäfte des Gehilfen große Schwierigkeiten machen wird, so ist dieser nach der allgemein gültigen Ansicht verpflichtet, in bezug auf die in Frage stehenden unerlaubten Rechtshandlungen Rechnung abzulegen, die nötigen Beweisurkunden vorzuzeigen und Auskunft zu erteilen,[3]) letzteres, wenn nötig, unter dem Drucke des Offenbarungseides.[4]) Hierdurch wird dem Prinzipal ein wertvoller Maßstab zur Beurteilung der ihm zur Verfügung stehenden Rechte in die Hand gedrückt, der ihm in jedem Einzelfalle darüber Bescheid geben kann, in welchem Sinne er am vorteilhaftesten seine Wahl zu treffen hat. Ob aber der Beweis für den vom Kläger behaupteten Schaden als erbracht gelten muß, darüber entscheidet gegebenenfalls der Prozeßrichter, der unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung die streitige Höhe des erlittenen Verlustes festzulegen hat (§ 287 ZPO.).

---

[1]) Buschs Archiv Bd. 22 S. 457.

[2]) Hartmann S. 35.

[3]) So äußern sich u. a. Staub S. 293; Behrend S. 326; Horrwitz S. 60; Hartmann S. 35.

[4]) Denkschr. S. 470 und Dörken S. 36.

Was nun die praktische Anwendungsmöglichkeit des Schadensersatzanspruches betrifft, so ist seine Durchführung zwar nicht immer die bequemere der beiden dem Prinzipal zur Verfügung stehenden Maßnahmen, aber in einem Falle wird dieser trotz der realen Schwierigkeiten, die sich einer genauen Fixierung der durch die Verbotsverletzung hervorgerufenen Beeinträchtigung des Geschäftsinteresses entgegenstellen, doch keinen anderen Weg zur Befriedigung seiner Ansprüche einschlagen können, dann nämlich, wenn der Gehilfe in eine offene Handelsgesellschaft eingetreten und als ihr Mitglied oder als Komplementär einer Kommanditgesellschaft tätig gewesen ist. In diesem Falle kann der Prinzipal weder in seine Stellung im Rahmen der Gesellschaft einrücken, noch kann er die verschiedenen von ihm vorgenommenen Geschäfte als für seine Rechnung abgeschlossen betrachten wollen, da sich dies weder mit dem Wesen der Gesellschaft noch mit den Rechten der einzelnen Gesellschafter vereinbaren läßt. Auch darf er nicht den am Jahresschluß für seinen Gehilfen herausspringenden Gewinnanteil einfach auf sein Konto überschreiben lassen. Dies ist wenigstens die von den meisten Autoren vertretene Ansicht, die auf einer Entscheidung des Reichsgerichts[1]) fußt, und der sich Meyer[2]) und zuletzt Brand[3]) angeschlossen haben. Im gegenwärtigen, allerdings wohl ziemlich seltenen Fall bleibt dem Prinzipal nur übrig, den Schaden, den er durch die Verbotsverletzung seines Angestellten erlitten hat, fixieren zu lassen und gegen diesen einen Ersatzanspruch zur Geltung zu bringen.

§ 11.

Das Eintrittsrecht.

Der Verwirklichung des Rechtes auf Schadenersatz, wie wir es soeben skizziert haben, können in der Praxis mancherlei Schwierigkeiten entgegentreten, die besonders in der genauen Abschätzung des durch die Verbotsverletzung erlittenen Verlustes liegen werden. Auch wird sich in vielen Fällen die Erhebung eines solchen Anspruchs als unmöglich erweisen, wenn nämlich bei einem Verzicht des Angestellten auf das verbotswidrige Geschäft dieses von seinem Gegenkontrahenten dem Prinzipal nicht angeboten wäre, ein direkter Vermögensschaden des letzteren also gar nicht in Frage kommen

[1]) Bd. 73 S. 424.
[2]) Meyer S. 52ff.
[3]) Brand S. 211; außerdem noch JW. Bd. 11 S. 57; die betreffende Reichsgerichtsentscheidung findet sich bei Meyer a. a. O. eingehend analysiert und teilweise wörtlich wiedergegeben.

kann. Schließlich kann der Prinzipal auch, um sich einen Kundenkreis zu erhalten oder um mit neuen Abnehmern in Berührung zu kommen, von einer Vergütung des erlittenen Verlustes absehen wollen. Deshalb gewährt ihm das Gesetz das sogen. Eintrittsrecht, d. h. er kann von seinem Handlungsgehilfen verlangen, daß dieser die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtrete (§ 61 Abs. 1 HGB.). In bezug auf die Terminologie ist zu bemerken, daß auch die Bezeichnung „Eintrittsrecht", die übrigens aus dem alten Handelsgesetzbuch herübergenommen wurde, insofern ungenau und einseitig ist, als sie nur hinsichtlich der vom Gehilfen für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte zutrifft, während bei den für fremde Rechnung eingegangenen von einer Übernahme durch den Prinzipal nicht die Rede sein kann.[1]) Dem allgemeinen Sprachgebrauch zuliebe mag aber dieser Ausdruck auch hier in seiner in extenso angewandten Bedeutung passieren.

Bevor wir zu einer eingehenden Erörterung der Wirkung des Eintrittsrechts übergehen, wollen wir einiges über seine juristische Eigenart sagen, die man im Streit der Meinungen mit verschiedenen Rechtsbildungen verglichen hat. So haben zunächst Anschütz-Völderndorff (S. 413/14) es mit der Stellvertretung, der direkten und indirekten, in Zusammenhang gebracht. Doch das ist falsch, denn bei der ersteren liegt ein Handeln im Namen des Vertretenen vor, bei dieser hat der Vertreter den Willen für Rechnung des Vertretenen abzuschließen. Man ist in der Literatur jetzt allgemein von einer Identifizierung dieser beiden Rechtsinstitute mit dem Eintrittsrecht des Prinzipals abgekommen, da der Handlungsgehilfe, der verbotswidrig Geschäfte abschließt, dies weder im Namen noch für Rechnung seines Prinzipals tut. Wäre dies der Fall, wo wäre dann die Übertretung des Konkurrenzverbotes? Schon mehr hat die Auffassung Wendts[2]) für sich, der das Eintrittsrecht mit der Geschäftsführung ohne Auftrag paralleliſiert. Bei beiden tritt auch hier derselbe Enderfolg ein: die Geschäfte gelten als für Rechnung des Prinzipals eingegangen. Aber bei der negotiorum gestio liegt stets ein animus negotia aliena gerendi vor, während sich der ungetreue Handlungsgehilfe auf die verbotswidrigen Geschäfte im eigenen Namen und für eigene Rechnung einläßt. Wenn man nur auf die endgültig erreichte Wirkung, den Übergang der Geschäfte in die Hand des Prinzipals,

[1]) vgl. Oesterheld S. 39 und Donath S. 50.
[2]) Bei Endemann Bd. 1 S. 268.

sieht, so kann man mit ebenso gutem Grunde Labands[1]) geistvoller Theorie von einer Vergleichbarkeit des Prinzipals und des Handlungsgehilfen mit dem Gewalthaber des römischen Rechts (dominus, pater familias) und dem Gewaltunterworfenen (servus, filius familias) zustimmen. Auch hier gehen die Rechte, die jemand in eigener Person erwirbt, auf einen anderen über. Und doch stimmt auch dieser Vergleich nicht ganz; denn der pater familias erwirbt diese Rechte ipso iure, während es in das freie Ermessen des Geschäftsherrn gestellt ist, ob er die ihm nach § 61 HGB. zustehenden Ansprüche zur Geltung bringen will oder nicht. Und schließlich läßt sich auch der bei dieser Gelegenheit von Hartmann (S. 42) erwähnte Vergleich mit einem Vertrage zugunsten Dritter nicht aufrechterhalten, denn auch hier fehlt auf seiten des Gehilfen wie bei seinem Kontrahenten die vorgefaßte Absicht, für den Prinzipal einen Vorteil herbeizuführen, da doch dieser wissentlich von seinem Angestellten in Unkenntnis über die Verbotsverletzung gehalten wird und meist erst nachträglich davon erfährt. Das Eintrittsrecht ist eben ein besonderes Rechtsinstitut von ausgeprägtem Eigencharakter, das mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Handels unabhängig von anderen Rechtsbildungen geschaffen ist und das sich trotz mancherlei Ähnlichkeiten und Berührungspunkten doch mit keinem von ihnen ganz deckt. Dies hat in scharfsinniger Art zuerst Hartmann herausgefunden, auf dessen eingehende Erörterungen wir hier verweisen.[2])

Die Wirkung des Eintrittsrechts selbst gestaltet sich verschieden, je nachdem der Gehilfe die verbotswidrigen Geschäfte für eigene oder für fremde Rechnung eingegangen ist. Im ersten Falle, in dem allein von einem Eintreten des Prinzipals die Rede sein darf, kann dieser verlangen, daß die von seinem Angestellten für eigene Rechnung abgeschlossenen Geschäfte als für ihn selbst vorgenommen behandelt werden. Aber auch hier wiederum teilt sich die Zahl der praktischen Möglichkeiten in zwei Kategorien, in solche nämlich, die ein bereits zu Ende geführtes Geschäft zum Gegenstande haben, und in solche, bei denen das Geschäft sich noch in der Schwebe befindet. Ist es bereits in allen Punkten abgewickelt, haben sich beide Kontrahenten ihrer gegenseitigen Verpflichtungen erledigt, so ist es für den Prinzipal ein leichtes, zu seinem Rechte zu gelangen. Er braucht bloß von seinem Gehilfen den aus verbotswidriger Handlung bezogenen Gewinn zu fordern. Der Gehilfe selbst wird von der selbständigen Tätigkeit, die er bei der Verwirklichung des unerlaubten Geschäftes ausgeübt hat, nach-

[1]) In ZHR. Bd. 10 S. 201.
[2]) Hartmann S. 38 42.

träglich reduziert auf die Funktion eines bloßen Angestellten, der auf Grund seines Dienstverhältnisses vorgegangen ist. Daraus folgt ohne weiteres, daß ihm der Prinzipal sämtliche Auslagen ersetzen muß, die ihm zum Zwecke des Zustandekommens des Geschäftes erwachsen sind.[1]) Denn durch die Herausgabe des endgültigen Reingewinns wird nunmehr das Interesse des Prinzipals an der Verwirklichung des unerlaubten Geschäftes mit der bisherigen Stellung des Handlungsgehilfen auch insoweit identifiziert, als es sich um die Aufwendungen handelt, die zur Förderung einer erfolgreichen Tätigkeit notwendig waren. Dagegen darf der Handlungsgehilfe keine Provisionsforderungen erheben oder eine Vergütung für seine persönliche Mühe und den aufgewandten Eifer beanspruchen, da er eben nur der Angestellte seines Prinzipals ist[2]) und dieser kraft des Dienstvertrages ein Anrecht auf seine gesamte kaufmännische Tätigkeit besitzt.

Anders gestaltet sich die Lage der Dinge, wenn die in Frage stehenden Geschäfte noch nicht zu Ende geführt, sondern die beiderseitigen Verpflichtungen noch von keinem oder bloß von einem Kontrahenten vollständig erfüllt sind. In diesem Falle kann der Prinzipal das bereits schwebende Geschäft von seinem Gehilfen zum tatsächlichen Abschluß bringen und sich hierauf den dabei erzielten Gewinn von diesem herausgeben lassen, ohne daß er ebenso wie in dem vorigen Falle selbst mit dem Vertragsgegner in Berührung kommt. Die rechtliche und sachliche Lage würde sodann mit der zuerst angeführten Beispielsgruppe identisch sein. Nur ist der Handlungsgehilfe, was bisher nicht der Fall war, da er jetzt nicht mehr für eigene Rechnung, sondern im Auftrage seines Geschäftsherrn handelt, verpflichtet, bei der Ausübung seiner Tätigkeit diejenige Sorgfalt zu entfalten, die man von einem ordentlichen Handlungsgehilfen erwarten kann,[3]) und er muß alle die Handlungen gewissenhaft erledigen, die zu einer erfolgreichen Verwirklichung des betreffenden Geschäftes nötig oder förderlich sind. Für das ihm hierbei anvertraute Eigentum des Prinzipals haftet der Gehilfe schlechthin,[4]) wenn dieses nicht nachgewiesenermaßen ohne sein Verschulden beschädigt oder verloren worden ist.

Diese Art der endgültigen Regelung der noch nicht zu einem vollständigen Abschluß gebrachten Geschäfte wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle bei weitem die praktischere sein,

---

[1]) Über diesen Punkt herrscht in der Literatur allgemeine Übereinstimmung; vgl. Staub S. 328; Goldmann S. 301; Makower S. 199; Lehmann-Ring S. 159; Horrwitz S. 60; Neumann S. 42.

[2]) Goldmann S. 301; Hartmann S. 43.

[3]) ROHG. Bd. 11 S. 94.

[4]) Bolze Bd. 10 S. 426.

da trotz aller noch so eingehenden Auskünfte, Schriftstücke und Beweisurkunden der Prinzipal nicht immer mit der lückenlosen Entwicklung sowie mit dem gegenwärtigen Stande der gegenseitigen rechtlichen Verbindlichkeiten vertraut sein wird. Manchmal, wie z. B. im Falle einer persönlich zu erfolgenden Leistung, wird dies neben dem Schadensersatzanspruch für den Geschäftsherrn die einzige Möglichkeit sein zu einem vollwertigen Ersatz für die Verletzung seines kommerziellen Interesses zu gelangen.

Will der Prinzipal aber trotzdem auf diesen Weg der Erfüllung des von seinem Gehilfen für eigene Rechnung eingegangenen, aber noch nicht vollendeten Geschäfts verzichten, mag er nun dessen bona fides oder seiner Geschäftstüchtigkeit nicht trauen, so bleibt ihm nur übrig, sich von diesem die ihm gegen den Dritten zustehenden Forderungen zedieren zu lassen. Dieses Recht, dessen Wirkung man in der früheren, sich an die Fassung des alten Handelsgesetzbuches anlehnenden Literatur dem Prinzipal teils dem Gehilfen teils dessen Kontrahenten gegenüber zusprach,[1]) steht ihm nach der jetzigen Fassung des § 61 HGB. nur gegen den Angestellten zu, dessen für eigene Rechnung eingegangenen Geschäfte auf Verlangen des Prinzipals als für Rechnung dieses letzteren abgeschlossen zu gelten haben. Eine unmittelbare Rechtsbeziehung wird durch die bloße Ausübung des Eintrittsrechts zwischen Prinzipal und dem Drittkontrahenten noch nicht erzeugt.[2]) Im einzelnen vollzieht sich die Abtretung der Rechte durch den Handlungsgehilfen nach den allgemeinen Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuches, das auch die rechtliche Wirkung in jedem Falle regelt. Erfolgt die Abtretung freiwillig, so tritt nach § 398 BGB. der neue Gläubiger (Prinzipal) ohne weiteres an die Stelle des bisherigen Gläubigers (Handlungsgehilfen). Weigert sich dagegen der letztere, seine Zustimmung zu geben, so kann er vom Prinzipal auf dem Wege der Klage zur Abtretung gezwungen werden, die nach § 894 ZPO. in dem Augenblick als vollzogen anzusehen ist, in dem das Urteil Rechtskraft erlangt. Dieser Anspruch auf Zession stellt sich im vorliegenden Falle als ein dem internen Rechtsverhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen entspringender Akt dar, der losgelöst ist von jeder Beziehung zur Außenwelt und sich der Beeinflussung durch eine Weigerung des Dritten entzieht. Der Dritte spielt, was die Abtretung der Forderungen seines bisherigen Kontrahenten anlangt, keine aktive Rolle, er kann sich ihr im allgemeinen nicht widersetzen; nur dann steht ihm nach § 399 BGB. eine Einrede zu, wenn zwischen ihm

[1]) vgl. hierüber Hartmann S. 37 ff.
[2]) So Cosack S. 89; Osterhelt S. 40; Donath S. 51.

und dem Gehilfen die Abtretung der Forderung durch Vereinbarung ausgeschlossen war oder wenn die Leistung an einen anderen als an den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Änderung ihres Inhalts erfolgen kann.

Hat der Handlungsgehilfe dem Schuldner die Zession schriftlich angezeigt oder wird sie diesem gegenüber von dem Prinzipal durch Vorlegen einer von dem Zedenten über die Abtretung ausgestellten Urkunde zur Kenntnis gebracht, so darf der Dritte nicht mehr an den Handlungsgehilfen leisten, sondern er ist lediglich dem Prinzipal gegenüber verpflichtet. Wohl aber kann er, da die Forderung auf den Zessionar so übergeht, wie sie zur Zeit der Abtretung beschaffen war, seinem neuen Gläubiger gegenüber alle die Einreden zur Geltung bringen, die zur Zeit der Abtretung dem Gehilfen gegenüber begründet waren (§ 404 BGB.).

Der Gehilfe seinerseits hat dem Prinzipal auf Grund des Dienstvertrages wie auch besonders auf Grund von § 402 BGB. jede im Interesse des Geschäftes liegende Auskunft zu erteilen, ihm etwaige zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden und Beweisstücke auszuliefern und außerdem alles herauszugeben, was er im Laufe des Geschäfts bereits erhalten hat. Bei Ausführung aller dieser Handlungen kommt er seinen vertraglichen Dienstpflichten nach und hat demzufolge die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu vertreten, ohne daß er auch hier für die aufgewandte Mühe irgendwie eine besondere Vergütung beanspruchen könnte. Für etwaige Mängel und Ungenauigkeiten in der Auskunfterteilung ist der Zedent nach dem gleichen Maßstabe verantwortlich.

Nun aber begründet das Rechtsverhältnis, in das sich der Handlungsgehilfe mit dem Dritten eingelassen hat, auf seiten des ersteren in der Regel nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten, die der Prinzipal bei seinem Eintritt in die Rechte des Angestellten gleichzeitig mit diesen übernimmt. Weigert er sich dies zu tun, so erwächst dem Gehilfen ein Klageanspruch auf Herausgabe des im Wege ungerechtfertigter Bereicherung Angeeigneten (nach §§ 812 ff. BGB.). Allerdings besteht für den Prinzipal diese Pflicht der Übernahme der Verbindlichkeit des Handlungsgehilfen nur diesem gegenüber, nicht gegenüber dem Dritten (Erfüllungsübernahme, § 329 BGB.). Zur wirklichen Schuldübernahme (§ 414 BGB.) bedarf es noch der Genehmigung des Gläubigers (§ 415 BGB.), in dessen Belieben es steht, ob er den Gehilfen als Schuldner behalten oder ob er ihn von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreien und auch insoweit mit dem Prinzipal in ein Vertragsverhältnis treten will. Im allgemeinen wird er sich für die letztere Möglichkeit entscheiden, da in der überwiegenden Mehr-

heit der Fälle der Geschäftsherr sich im Vergleich zu seinen Angestellten als der wirtschaftlich stärkere, zahlungsfähigere Teil erweisen wird.[1])

In dem zweiten Teil dieses Kapitels haben wir nur noch die zweite Kategorie von Möglichkeiten zu besprechen, die wir eingangs erwähnt haben, alle die Fälle nämlich, wo der Handlungsgehilfe nicht für eigene, sondern für fremde Rechnung Geschäfte macht, mag er sie nun zum tatsächlichen Abschluß gebracht haben oder mag ihre endgültige Regelung noch ausstehen. Wir haben schon bei der Besprechung der Terminologie darauf hingewiesen, daß hier von einem eigentlichen Eintritt nicht die Rede sein kann, da dies mit dem Wesen der betreffenden Rechtshandlung und dem Recht des Dritten, d. h. dessen, für den der Gehilfe abgeschlossen hat, unvereinbar ist. Hier kann der Prinzipal nur verlangen, daß der Gehilfe die bereits bezogene Vergütung oder seinen Anspruch darauf an ihn abtrete.[2]) Im einzelnen vollzieht sich natürlich die Durchführung seines Eintrittsrechts genau so wie bei den für eigene Rechnung eingegangenen Geschäften unter Anwendung der oben zitierten Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Demnach hat bei einem in allen seinen Phasen bereits abgewickelten Geschäft der Gehilfe die daraus bezogene Vergütung — das kann eine Provision und jedwede andere Art der Gegenleistung sein, wie z. B. Gewinnanteil an einem Gewerbebetriebe für fremde Rechnung[3]) — auf Verlangen dem Prinzipal zu übergeben. Ist dagegen das Geschäft noch nicht zu einem endgültigen Abschluß gebracht, hat infolgedessen der Gehilfe die ihm rechtlich zustehende Gegenleistung noch nicht erhalten, so hat er den Anspruch darauf an den Prinzipal abzutreten, der ihm kraft des Dienstverhältnisses den Auftrag geben kann, die Forderung, die er, der Gehilfe, an seinen Kontrahenten hat, einzutreiben. Das Anrecht auf die dem Gehilfen zustehende Gegenleistung kann jedoch dem Prinzipal nur insoweit zuerkannt werden, als es sich nicht mit den Endschädigungen für Auslagen deckt, die jener gehabt hat. Denn diese Entschädigungen können höchstens dann als Gewinn angesehen und zum Teil, d. h. in ihrem über das Durchschnittsmaß einer standesgemäßen Lebensführung hinausgehenden Plus von dem Prinzipal mit Beschlag belegt werden, wenn sie ungewöhnlich hoch angesetzt und vom Vertragsgegner offensichtlich mit der Absicht ausgezahlt worden sind, dadurch seinem Kon-

---

[1]) vgl. Hartmann S. 43 und Diss. S. 25.
[2]) Staub S. 328; Brand S. 211.
[3]) Makower S. 199; Meyer S. 55.

trahenten eine Vergütung zukommen zu lassen. Anderer Meinung sind hierin Planck,[1]) Künzel (S. 41) und Meyer (S. 55).

Wir haben bisher immer nur von einzelnen Geschäften gesprochen, ohne besonders den Fall zu erwähnen, daß der Handlungsgehilfe selbständig ein ganzes Handelsgewerbe betreibt. Diese durchaus denkbare Möglichkeit ist vom Gesetz nicht ausdrücklich in Anwendung auf das Eintrittsrecht geregelt worden, da nur von einem Eintritt in ein Geschäft — im Sinne eines einzigen Rechtsgeschäftes —, nicht von einem solchen in einen Betrieb die Rede ist. Man wird aus dieser absichtlichen Nichterwähnung den Schluß ziehen dürfen, daß in diesem Falle das verbotswidrige Handelsgewerbe sich darstellt nicht als eine Einheit, sondern als eine vielgestaltige Pluralität von Einzelgeschäften, die, durch ein Band der äußeren Zusammengehörigkeit umschlungen, den Gesamtbetrieb darstellen. Dieses zusammenschließende Band liegt in der Firma des gegen das Konkurrenzverbot verstoßenden Gehilfen,[2]) der natürlich hier zunächst losgelöst von den Fesseln des Anstellungsverhältnisses dem Publikum und den Lieferanten gegenüber als Kaufmann auftritt. Seinem Prinzipal nun steht es frei, alle diese vielleicht unendlich zahlreichen Einzelgeschäfte, aus denen sich der Gesamtorganismus des Handelsgewerbes zusammensetzt, auf einmal und doch juristisch voneinander getrennt zu übernehmen. Aber aus dem vielgliedrig zusammenhängenden Komplex darf er nun nicht etwa, wie Hartmann (S. 44) und Lubszinsky (S. 26) richtig hervorheben, bloß die lukrativen herausgreifen und die verlustbringenden seinem Angestellten belassen wollen. Entweder er übernimmt den ganzen Geschäftsbetrieb, d. h. die verschiedenen Einzelgeschäfte in toto, oder er verzichtet, wenn er dabei zu schlecht fortzukommen fürchtet, überhaupt auf die Ausübung seines Eintrittsrechts und sucht auf dem Wege des Schadensersatzanspruches die erlittene Einbuße wieder gutzumachen.

§ 12.

Sonstige Rechte des Prinzipals.

Wir haben bereits am Schlusse des einleitenden Kapitels über die Rechtsfolgen der Konkurrenzverbotsverletzung im allgemeinen kurz darauf hingewiesen, daß neben diesen soeben be-

[1]) Planck, Schuldverhältnisse S. 561.

[2]) Ist der Gehilfe in seinen eigengeschäftlichen Beziehungen Minderkaufmann, so liegt das zusammenschließende Band in seinem bürgerlichen Namen, da er in diesem Falle kein Recht auf Führung eines besonderen, von ihm angenommenen Handelsnamens (Firma) hat.

sprochenen Hauptrechten die Übertretung des § 60 HGB. noch andere Rechte ins Leben ruft, die sich von den besprochenen ihrer ganzen Tendenz nach wesentlich unterscheiden. Während der Schadensersatzanspruch so gut wie das Eintrittsrecht dem Prinzipal den Verlust decken wollen, den er durch die unerlaubte Handlungsweise seines Gehilfen, sei es an dessen persönlicher Arbeitskraft, sei es bei einer konkurrierenden Tätigkeit in seinem eigenen Handelszweige an direktem Vermögensausfall erlitten hat, wollen die sogen. Nebenrechte ihn vor einer weiteren Schädigung bewahren und einer künftigen Übertretung der gesetzlichen Bestimmung vorbeugen.

Alle diese Nebenrechte haben das gemeinsam, daß sie zum Unterschied von den Hauptrechten nicht etwa bloß jedes für sich unter gegenseitiger Ausschließung zur Anwendung gebracht werden können, sondern daß ihre Verquickung untereinander oder mit einem der Hauptrechte je nach den Umständen sehr wohl denkbar ist.

Das wichtigste und gleichzeitig das radikalste dieser Nebenrechte, das infolgedessen hier an erster Stelle zu nennen ist, ist das Recht der sofortigen Entlassung, dessen Anwendbarkeit auf den vorliegenden Fall ohne weiteres aus den §§ 70 Abs. 1 und 72 Abs. 1 HGB. zu entnehmen ist.

> § 70: Das Dienstverhältnis kann von jedem Teil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.
>
> § 72: Als ein wichtiger Grund, der den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt, ist es, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen, namentlich anzusehen:
> 1. wenn der Handlungsgehilfe im Dienste untreu ist oder das Vertrauen mißbraucht oder die ihm nach § 60 obliegende Verpflichtung verletzt.

Der praktische Wert dieses Rechts zur fristlosen Kündigung für den vorliegenden Fall liegt in erster Linie darin, daß es sich als Abschreckungsmittel, als Drohung an den Handlungsgehilfen wendet und den Gedanken an eine Übertretung der Gesetzesnorm sehr häufig im Keime erstickt. Weiterhin ist es auch insofern von Bedeutung, als nach einem tatsächlichen Verstoß gegen das Konkurrenzverbot von seiten des Handlungsgehilfen der Prinzipal ein weiteres Zusammenarbeiten zwischen sich und seinem ungetreuen Angestellten in der Regel für unmöglich erachten wird; die Befugnis des Prinzipals zur sofortigen Entlassung geht als so selbstverständliches Resultat aus der ganzen durch die Verletzung des Gebotes geschaffenen Sachlage hervor, daß sie schon im alten

Handelsgesetzbuch durch Art. 64 Abs. 2 dem Dienstberechtigten zugesprochen wurde:

> Gegen den Handlungsgehilfen kann insbesondere die Aufhebung des Dienstverhältnisses ausgesprochen werden, wenn derselbe ohne Einwilligung des Prinzipals für eigene Rechnung oder für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte macht.[1])

Nur ist der neuere Text insofern strenger gefaßt, als er das richterliche Urteil als notwendigen Faktor zur Aufhebung des Dienstverhältnisses ausschaltet und dieses schon mit der Kündigung selbst sein Ende erreichen läßt. Es muß allerdings dabei vorausgesetzt werden, daß die Kündigung rechtsgültig ist oder der Handlungsgehilfe sich ihr zum mindesten unterwirft.[2])

Durch die im heutigen Gesetz enthaltene Einschränkung „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen" soll die Anwendungsmöglichkeit des § 72 auf die Zahl der schwereren verbotswidrigen Handlungen des Gehilfen konzentriert und sollen geringfügige Übertretungen als Grund zur sofortigen Kündigung ausgeschaltet werden.[3]) Ebensowenig soll nach einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts ein Recht zur fristlosen Aufhebung des Dienstverhältnisses für den Prinzipal gegeben sein, wenn die Verbotsverletzung als solche dem Handlungsgehilfen nicht bekannt war, d. h. wenn er zwar eine klare Vorstellung von dem objektiv verbotswidrigen Charakter einer jeden von dem Geschäftsherrn nicht gut geheißenen konkurrierenden Tätigkeit oder eines ohne sein Wissen oder trotz seines Einspruchs betriebenen Handelsgewerbes hatte, wenn er aber in einem Sonderfall berechtigten Grund zur Annahme zu haben glaubte, daß er die Zustimmung des Prinzipals erhalten habe. In diesem Sinne äußert sich die von Brand (S. 242) angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Kolmar.[4]) Die Entscheidung über die konkreten Umstände des Einzelfalles ist in die Hand des Richters gelegt, der auf Grund einer vorurteilslosen Würdigung der ganzen Sachlage sich darüber auszusprechen hat,

---

[1]) Über die Stellung, die Literatur und Praxis unter der Herrschaft des ADHGB. zu dieser Frage genommen haben, vgl. Behrend S. 326 und Wendt S. 260 f.

[2]) Die Ansicht, daß nach dem ADHGB. die Auflösung des Dienstverhältnisses wegen des verbotswidrigen Abschlusses von Handelsgeschäften eines Richterspruches bedürfe, wird allerdings von Sievert S. 33 in willkürlich freier Interpretation des Gesetzes aus rein praktischen Gründen geleugnet.

[3]) ROHG. Bd. 10 S. 115, Bd. 241, DJZ. 1902 S. 555; ROHG. Bd. 16 S. 290.

[4]) OLG. Bd. 9 S. 249.

ob dem Geschäftsherrn ein Recht zur fristlosen Kündigung zuzuerkennen ist oder nicht.

Eine solche praktische Durchführung des Entlassungsrechtes, die mit einem Schlage das bestehende Dienstverhältnis löst, wird nur in seltenen Fällen ohne jede Störung im Gesamtorganismus des Geschäftes vor sich gehen. Für diese Störungen ist der frühere Gehilfe, der durch sein vertragswidriges Verhalten Grund zur sofortigen Entlassung gegeben hat, verantwortlich, d. h. er hat alle die Unkosten zu ersetzen, die die Beschaffung eines Ersatzmannes durch Inserate usw. verursacht. Dessen höhere Gehaltsansprüche sind, soweit eine Differenz zu seiner eigenen Remuneration festzustellen ist, zu decken; für Überstunden, die seine bisherigen Mitangestellten zur Leistung der früher von ihm verrichteten Arbeit in der Zwischenzeit vor Antritt seines Nachfolgers hergeben müssen, hat er die Vergütung zu zahlen. Mit einem Wort: der Prinzipal kann im Falle einer tatsächlichen, zur sofortigen Entlassung berechtigenden Verletzung des Konkurrenzverbots von dem betreffenden Angestellten vollen Ersatz für den Schaden beanspruchen, der seinem Geschäft durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses zugefügt wird.

Ein anderer Schutz des Prinzipals gegen eine weitere willkürliche Verletzung des Konkurrenzverbotes liegt in der Möglichkeit, daß er mit seinem Gehilfen für diesen Fall die Zahlung einer Konventionalstrafe vereinbart. Diese ist nach § 339 Satz 2 BGB. mit der Zuwiderhandlung verwirkt. Allerdings wird man zugeben müssen, daß nach § 340 Abs. 1 BGB. zwar noch nicht die Vereinbarung einer solchen Strafe, aber, wie Horrwitz (S. 61) richtig bemerkt, ihr Verlangen die gesetzlichen Ansprüche aus § 61 BGB. absolut annulliert. Besteht der Prinzipal auf der Zahlung der vertragsmäßig stipulierten Konventionalstrafe, so ist damit „der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen"; entscheidet er sich dagegen für die Geltendmachung seines Rechtes auf Schadensersatz, so kann er gemäß § 340 Abs. 2 BGB. die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen, wobei, wie das Gesetz ausdrücklich bemerkt, die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist. Sollte dagegen die Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch angesetzt sein, so kann sie nach § 343 Abs. 1 BGB. auf Antrag des Handlungsgehilfen durch den Richter herabgesetzt werden. Allerdings wird dies gerade im vorliegenden Falle einer besonders eingehenden Prüfung bedürfen, denn da „bei der Beurteilung der Angemessenheit jedes berechtigte Interesse des Gläubigers (nicht bloß das Vermögensinteresse) in Betracht zu ziehen ist", so wird gewöhnlich erst eine gewissenhafte Nach-

forschung ergehen können, inwieweit durch die Verbotsverletzung der Geschäftsherr eine wesentliche Einbuße erlitten hat.

Der gesetzwidrige Charakter der konkurrierenden oder auch nur der sonstigen selbständigen handelsgewerblichen Tätigkeit des Handlungsgehilfen bringt es mit sich, daß dem Prinzipal das Klagerecht auf künftige Unterlassung des unzulässigen Geschäftemachens und auf Einstellen des unerlaubten Betriebes eingeräumt werden muß.[1]) Nur ist in diesem Falle erforderlich, daß bereits eine Verletzung des Konkurrenzverbots vorliegt, und ferner, daß weiteres gesetzwidriges Handeln des Gehilfen in Zukunft zu erwarten ist. Dörken (S. 45) ist der Ansicht, daß von dieser Klage des Prinzipals auf Unterlassung, sobald nur die soeben angeführten logischen Prämissen dazu gegeben sind, auch Vorbereitungshandlungen zur Eröffnung eines Handelsgewerbes, wie der Ankauf von Waren, das Mieten eines Ladens usw. getroffen werden können; der Auffassung entsprechend, die wir früher (S. 23/24) zu dieser Frage geäußert haben, können wir uns der Meinung Dörkens nur unter der Voraussetzung anschließen, daß die gesteigerte Intensität der von dem Angestellten hierbei entwickelten Tätigkeit eine Verletzung seiner eigentlichen Dienstpflichten involviert, oder daß durch eine vorzeitige Reklame die Gefahr einer vor Schluß des Vertragsverhältnisses einsetzenden Konkurrenz zu befürchten steht. Liegt ein Zweifel in bezug auf den verbotswidrigen Charakter der Handlungsweise des Gehilfen vor, so kann der Prinzipal nach § 256 ZPO. eine Feststellungsklage erheben. Dies ist insofern von Wichtigkeit für ihn, als bei weiteren Zuwiderhandlungen des Angestellten dieser nunmehr zu Geldstrafe (bis zu 1500 Mk.) oder Haft (bis zu 6 Monaten) verurteilt werden kann. Die Vollstreckung des Urteils erfolgt nach § 890 ZPO.

Der klagbare Anspruch des Prinzipals auf Unterlassung der verbotswidrigen Tätigkeit geht jedoch nicht so weit, daß er auch die Dienstleistungen des Handlungsgehilfen, die dieser einem anderen vollbringt, ergriffe. In diesem Sinne hat sich erst vor kurzem das Reichsgericht[2]) mit der Begründung ausgesprochen, daß der Geschäftsherr zwar mit der Vertragserfüllungsklage die Verurteilung des Handlungsgehilfen zur Leistung der von ihm vertraglich übernommenen Dienstpflichten herbeiführen könne, daß er aber keinen selbständigen Anspruch darauf habe, daß diese Dienste nicht einem anderen geleistet werden. Die Pflicht des Angestellten besteht also in einem Positiven, der Erfüllung seiner

[1]) Seufferts Archiv Bd. 2 Nr. 272.
[2]) RGE. Bd. 72 S. 394 f.

Vertragspflicht; die vom Prinzipal aus vielleicht unbestimmten, persönlichen Gründen gewünschte negative Seite, das Unterlassen von Diensterweisungen einem Dritten gegenüber, braucht durchaus nicht immer die unerläßliche juristische oder moralische Ergänzung zu der tatsächlichen, vom Gesetz fixierten Pflicht zu sein. Und sie ist es im vorliegenden Falle sehr oft auch wirklich nicht. Ausnahmen hiervon haben wir allerdings früher kennen gelernt.[1])

§ 13.

Verjährung der aus der Verbotsverletzung hervorgehenden Ansprüche des Prinzipals.

Die Gesamtheit der dem Prinzipal im Falle einer Konkurrenzverbotsverletzung gesetzlich zustehenden Ansprüche gliedert sich auch hinsichtlich der für sie geltenden Verjährungsfristen scharf in die beiden Klassen der Haupt- und Nebenrechte. Der Verjährung unterliegen sie insgesamt nur mit dem Unterschied, daß hierbei die letzteren vom Handelsgesetzbuch ebensowenig berechtigt werden wie früher. Doch werden wir sehen, daß sich diese Frage für sie sehr einfach im Anschluß an die für die Hauptrechte geltenden Verjährungsbestimmungen regelt.

Das alte Handelsgesetzbuch kannte auch in bezug auf den Schadensersatzanspruch und das Eintrittsrecht des Prinzipals keine besonderen Verjährungsbestimmungen, so daß dessen Forderungen dem Handlungsgehilfen gegenüber erst nach Verlauf der gemeinrechtlichen Zeitdauer von 30 Jahren erlöschen.[2]) Diesem Mangel, der gleichzeitig eine offensichtliche Härte gegen den wirtschaftlich Schwächeren bedeutete, hat das neue Handelsgesetzbuch dadurch abgeholfen, daß es in § 61 Abs. 2 folgendermaßen die zeitliche Grenze für die Erhebung der Ansprüche des Prinzipals festlegte:

> Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem der Prinzipal Kenntnis von dem Abschluß des Geschäfts erlangt; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschluß des Geschäftes an.

Das ausschlaggebende Moment ist also hier die Kenntnis des Prinzipals von dem Abschluß der verbotswidrigen Geschäfte.

---

[1]) Wir meinen hiermit besonders das von uns S. 34 erwähnte Geldleihen und Kreditgewähren an die Konkurrenz.

[2]) Nur einem Gesellschafter, Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft oder einem Komplementar gegenüber kannte das ADHGB. (Art. 97 Abs. 2) eine Verjährungsfrist von 3 Monaten, die von dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme ab lief.

Einzelheiten der Verbotsverletzung brauchen ihm nicht bekannt zu sein; es genügt, daß er mit der bloßen Tatsache eines Verstoßes seines Gehilfen gegen § 60 HGB. vertraut gewesen ist,[1]) und die Voraussetzungen für das Einsetzen der dreimonatlichen Verjährungsfrist sind gegeben. Allerdings muß der betreffende Vorfall ihm persönlich oder seinem gesetzlichen Vertreter bekannt sein, die Kenntnis seines Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten genügt nicht.[2]) Ist dem Prinzipal nachzuweisen, daß er innerhalb der gegebenen Frist von der unerlaubten Handlung seines Gehilfen auch nur in allgemeinen Zügen unterrichtet war, daß er aber aus irgendwelchen Gründen, z. B. um nicht gegen einen Angestellten einzuschreiten, dessen willige Arbeitskraft für ihn vorderhand noch unentbehrlich war, die Sache totgeschwiegen hat, so kann er nach Verlauf von drei Monaten nicht mehr auf den betreffenden Vorfall zurückkommen, um sich etwa den inzwischen überflüssig gewordenen Mann auf bequeme Art vom Halse zu schaffen.

Diese ganze Bestimmung über das Erlöschen von Rechtsansprüchen, die dem Prinzipal aus Gesetzesübertretungen seines Handlungsgehilfen erwachsen, gehen als organisches Produkt aus der in der modernen Rechtsprechung so unendlich oft bemerkten Tendenz hervor, den wirtschaftlich Schwächeren zu decken und den Arbeitnehmer, für den das moderne Rechtsleben wärmer als je empfindet, gegen die Willkür zu schützen, mit der der sozial stärkere Geschäftsherr sich früher über die Interessen seiner Angestellten hinwegsetzen durfte. Die drei Monate, die die neuere Fassung im Falle der Kenntnis des Prinzipals als Norm festsetzt, hat man einmal deswegen eingeführt, weil es dolos erscheinen würde, wenn der Geschäftsherr mit der Geltendmachung eines solchen Anspruches zu lange wartete. Weiterhin könnte bei einem Fehlen dieser immerhin noch ziemlich reichlich bemessenen, gegen früher allerdings bedeutend herabgesetzten Frist der Prinzipal aus Schikane, nachdem er sich aus anderen Gründen mit seinem Angestellten entzweit hat, stets noch fünf Jahre lang mit der Verwirklichung seiner Rechte drohen. Sodann aber soll, wie die Denkschrift[3]) ausdrücklich hervorhebt, der Schlußsatz, daß nämlich die Ansprüche des Prinzipals in jedem Falle nach Verlauf von

---

[1]) So Staub S. 326 und Ritter S. 96.

[2]) So außer Staub (a. a. O.) auch Lehmann-Ring S. 159 und Makower S. 299.

[3]) Denkschr. S. 236: „Um den Gehilfen unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen, ist weiter bestimmt, daß die Ansprüche des Prinzipals ohne Rücksicht auf dessen Kenntnis in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäftes an verjähren".

fünf Jahren verjähren, verhindern, daß gegen den Gehilfen wegen allzu lange zurückliegender Vorkommnisse Forderungen zur Geltung gebracht werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist hierneben nur insoweit von Bedeutung, als es in den §§ 194, 198 ff. den allgemeinen Lauf der Verjährungsfrist, ihr Einsetzen, ihre Hemmung und Unterbrechung (§§ 202—225) in allgemein grundlegender Weise regelt. Insonderheit ist hier zu bemerken, daß allerdings gerade § 198 BGB. nicht von dem neuen Handelsgesetzbuch korrigiert wird, daß also die Verjährung auch für den gegen § 60 HGB. verstoßenden Handlungsgehilfen mit dem Zeitpunkt der Zuwiderhandlung, d. h. mit dem Entstehen der Ansprüche selbst und nicht erst mit dem Schluß des Jahres eintritt, in welches die Übertretung fällt. Die Ausnahmevorschrift des § 201 BGB. findet keine Anwendung. Liegt eine ganze Reihe von verbotswidrigen Handlungen vor, mögen diese nun äußerlich getrennt als Einzelgeschäfte oder zusammenhängend im Rahmen eines besonderen selbständigen Handelsgewerbebetriebes begangen sein, so setzt die Verjährungsfrist mit dem Abschluß jedes Einzelgeschäftes ein und läuft getrennt für die verschiedenen Handlungen.[1])

Diese Verjährungsbestimmungen beziehen sich, wie aus dem Zusammenhang von § 61 Abs. 2 hervorgeht, nur auf die Hauptansprüche des Prinzipals. In betreff der Nebenrechte ist nichts bemerkt; sie regeln sich durchgehend im Anschluß an jene.[2]) Eine Ausnahme bildet nur das Recht auf sofortige Entlassung, das kein eigentlicher Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist und auf das, seinem besonderen Charakter entsprechend, der Verjährungsbegriff überhaupt nicht anwendbar ist. Aber schon das Recht auf die Zahlung der Konventionalstrafe ist in seinem zeitlichen Bestand ganz an die Aufrechterhaltung der Hauptansprüche gebunden, und ihr gegenseitiges Verhältnis beurteilt sich nach § 224 BGB.:

> Mit dem Hauptanspruch verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist.

Daß für den Anspruch des Prinzipals auf Unterlassung der verbotswidrigen Handlungen, gegebenenfalls Einstellung des ganzen Handelsgewerbebetriebes, nur die dreimonatliche Frist — seine Kenntnis vorausgesetzt — maßgebend sein kann, liegt auf der

---

[1]) In diesem Sinne äußert sich die Denkschr. S. 259.

[2]) Über das gegenseitige Verhältnis der Verjährungsfristen der Haupt- und Nebenrechte ist eine Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Bd. 63 S. 352 ff.) zu vergleichen.

Hand. Denn in der Haltung eines Prinzipals, der einen selbständigen Geschäftsbetrieb seines Angestellten jahrelang duldet, ist möglicherweise stillschweigende Zustimmung, d. h. sowohl nachträgliche Genehmigung (Verzicht auf die Geltendmachung seiner Rechte) wie Einwilligung für die Zukunft zu erblicken. Hierdurch erhält die an und für sich verbotswidrige Handlungsweise des Gehilfen, wie der folgende Paragraph zeigt, einen gesetzmäßigen Charakter. Der legislatorische Grund, der für die Herabsetzung der Fristen im neuen Handelsgesetzbuch bestimmend war, die Absicht nämlich, ein möglichst baldiges Einschreiten des Geschäftsherrn zu veranlassen, damit er sowohl wie sein Angestellter beizeiten klar in der Angelegenheit sehen und vor allen Dingen auch der wirtschaftlich schwächere Handlungsgehilfe weiß, was er für sein gesetzwidriges Verhalten zu gewärtigen hat, dieser legislatorische Grund kann bei der Klage auf Unterlassung nicht außer acht gelassen werden,[1]) ja er ist gerade hierbei, wie Meyer (S. 72) hervorhebt, in besonderem Maße zu berücksichtigen. Und schließlich sei noch mit Bezug auf die Feststellungsklage bemerkt, daß sie aus selbstverständlichen logischen Gründen der Geltendmachung der beiden Hauptansprüche (und auch der Nebenrechte) zeitlich vorangehen oder mindestens damit zufallen muß. Auch für sie ergibt sich daher eine Verjährungsfrist von drei Monaten bezw. fünf Jahren.

IV.

§ 14.

Zustimmung (Einwilligung und Genehmigung) des Prinzipals.

Das ganze Konkurrenzverbot ist seinem Geltungswerte nach nicht zwingender, sondern dispositiver Natur, d. h. mag sein Inhalt auch vom Gesetz in eine feste Form gebracht und seine Wirkungskraft einheitlich bestimmt sein, so kann es doch durch Vertragsschluß gemildert oder verschärft werden, und seine praktische Durchführung ist nicht objektiver Zwang, sondern in jedem einzelnen Falle abhängig von dem Ermessen desjenigen, der mit seinem persönlichen Interesse ausschließlich an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Bestimmung beteiligt ist, des Prinzipals. Eine unerläßliche Bedingung für das tatsächliche Inkrafttreten der Negativsatzung des § 60 HGB. ist das Fehlen der Einwilligung

[1]) JW. 1906 S. 398ff.

des Geschäftsherrn zu dem an sich gesetzwidrigen Handeln seines Angestellten. Diese wird in der Regel von dem Prinzipal selbst oder seinem gesetzlichen Vertreter, sie kann aber natürlich auch von dem Prokuristen erteilt werden, da sie zu denjenigen Rechtshandlungen gehört, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB.), gegebenfalls kann sogar der Handlungsbevollmächtigte die Einwilligung erteilen, wenn nämlich dies seine Vollmacht nicht überschreitet (§ 54 HGB.).

Was heißt nun Einwilligung? Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 183 BGB.) bedeutet dies die vorherige Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft, während die nachträgliche gemäß § 184 BGB. als Genehmigung bezeichnet wird. Daraus ergibt sich, daß alle gegen das Konkurrenzverbot verstoßenden Handlungen des Gehilfen, soweit sie nicht vor ihrer Vornahme durch die Erlaubnis des Prinzipals sanktioniert sind, als gesetzwidrig betrachtet werden müssen. Aber die nachträglich erfolgende „Genehmigung" kann doch schließlich auch noch dem unerlaubten Tun des Angestellten den gesetzmäßigen Stempel aufdrücken. Das geht zwar aus der Terminologie des § 60, wo das sonst nur in einseitigem Sinne gebrauchte „Einwilligung" verwandt wird, nicht hervor, aber es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß der Geschäftsherr zu dem an sich gesetzwidrigen Handeln seines Gehilfen auch hinterdrein noch Ja und Amen sagen kann. Durch eine solche Erklärung wird übrigens der unerlaubte Charakter der betreffenden Geschäfte nicht ausgelöscht, aber es liegt in ihr ausdrücklich die Erklärung des Prinzipals ausgesprochen, daß er auf die für ihn aus der Übertretung des Gesetzes hervorgehenden Rechte verzichten will. Im Interesse eines leichteren Verständnisses sollte man lieber den Text des § 60 in diesem Sinne korrigieren.

In bezug auf die Form der Zustimmung des Prinzipals ist zu bemerken, daß auf sie die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willenserklärungen Anwendung finden, sie kann formlos, und zwar ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Es ist selbstverständlich Tatfrage, zu unterscheiden, wann diese letztere auf dem Wege einer konkludenten Handlung oder, was häufiger sein wird, durch bloßes Stillschweigen als gegeben zu erachten ist, da immer nur aus der Eigenart der jeweiligen Sachlage, d. h. aus dem Verhalten des Prinzipals ein sicherer Rückschluß auf das Vorhandensein eines bestimmten in diesem Falle positiv gerichteten Willens zu ziehen ist. Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Prinzipal längere Zeit, vielleicht sogar Jahre hindurch weiß, daß sein Gehilfe, sei es Geschäfte in seinem eigenen Handelszweige, sei es sogar ein ganzes selbständiges Gewerbe betreibt. Hat er dagegen nicht Protest erhoben, so muß

in dieser passiven Haltung eine zustimmende Erklärung zum Handeln seines Angestellten gesehen werden. Das gleiche trifft zu, wenn der Prinzipal von der bevorstehenden Übertretung des Konkurrenzverbots durch seinen Handlungsgehilfen selbst, vielleicht in der Form einer Frage, in Kenntnis gesetzt wird, es aber unterläßt, dagegen sein Veto einzulegen. Auch hier muß nach der Lage der Dinge sein Schweigen als Zustimmung ausgelegt werden, da, wie Goldmann (S. 295) sagt, „ein ausdrücklicher Widerspruch nach Treu und Glauben erforderlich sein würde".[1]) In beiden Fällen würde es gegen die bona fides verstoßen, wenn der Geschäftsherr, nachdem er den Angestellten in ein Gefühl der Sicherheit gewiegt und sich dieser in weitverzweigte, durch die Zeit festbegründete kommerzielle Beziehungen eingelassen hat, dem Betriebe mit einem Male durch sein Verbot ein Ende machen dürfte.

Ganz anders allerdings als in dem zuletzt angeführten Beispiel liegen die Dinge, wenn das verbotswidrige Geschäft bereits abgeschlossen ist und der Prinzipal, darüber von seinem Gehilfen selbst oder von anderer Seite informiert, sich nicht sogleich äußert. Hier braucht durchaus nicht immer in dem Schweigen eine einwilligende Antwort zu liegen, da ja die durch die Zuwiderhandlung des Angestellten begründeten Ansprüche des Geschäftsherrn erst 3 Monate nach seiner Kenntnisnahme der Verjährung unterliegen. Ebensowenig darf der Gehilfe aus der einmaligen Zustimmung zu einem Einzelgeschäft den Schluß ziehen, daß ihm in Zukunft die Vornahme aller derartigen Rechtsakte, womöglich die Eröffnung eines ganzen Handelsgewerbebetriebes eingeräumt sei.[2]) Ist aber eine endgültige Zustimmung, sei es nun ausdrücklich oder sei es, wie bereits erwähnt, durch bloßes Stillschweigen erteilt, so kann sie nicht mehr widerrufen werden, denn hier muß die Genehmigung für die Vergangenheit im Zweifel zugleich als Einwilligung für die Zukunft ausgelegt werden; als solche aber bildet sie nunmehr, wie Meyer (S. 39) richtig bemerkt, einen Teil des Arbeitsvertrages, den während seiner Dauer der Prinzipal nicht einseitig aufheben oder abändern kann.

Ein bestimmter Sonderfall wird in § 60 Abs. 2 vom Gesetz hervorgehoben; es heißt dort:

---

[1]) Brand S. 209 begründet seine mit der unsrigen zusammenfallende Ansicht folgendermaßen: „Denn schon das zwischen ihm und dem Handlungsgehilfen bestehende Treueverhältnis bringt es mit sich, daß er den Gehilfen von unzulässigen Handlungen rechtzeitig abzuhalten versuchen muß.

[2]) Goldmann S. 295.

> Die Einwilligung zum Betrieb eines Handelsgewerbes gilt als erteilt, wenn dem Prinzipal bei der Anstellung des Gehilfen bekannt ist, daß er das Gewerbe betreibt, und der Prinzipal die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart.

Dieser Gesetzespassus zieht einen Fall heran, der sich durch das eigenartige gegenseitige Verhältnis der beiden Vertragsgegner abhebt von der Norm: Prinzipal und Handlungsgehilfe treten sich gegenüber nicht mehr als indifferente, durch keine Interessengemeinschaft aneinander gebundene Personen; sie sind aber doch andererseits noch nicht durch Vertrag festgelegt auf die Positionen, die das Anstellungsverhältnis einem jeden von ihnen zuweist; sie wollen sich beide erst miteinander verbinden, sie sind im Begriff den Dienstvertrag zu schließen. Dies ist der wesentliche äußere Rahmen zu der Bestimmung des § 60 Abs. 2. Betreibt nun der künftige Angestellte mit Wissen des Prinzipals ein Handelsgewerbe, so bedarf es zu dessen Aufhebung nicht mehr bloß des einseitigen Protestes seines Geschäftsherrn,[1]) wie er nach Inkrafttreten des Dienstvertrages bei der subordinierten Stellung des Gehilfen genügen würde, sondern die relative Gleichwertigkeit der noch nicht völlig geklärten gegenseitigen Lage erfordert eine ausdrückliche Vereinbarung, eine übereinstimmende Willenserklärung von beiden Seiten. Kommt es zu keiner Einigung über die Einstellung des Betriebes, so wird in der Regel der ganze Dienstvertrag scheitern; ist dieses letztere nicht der Fall, bleibt aber der strittige Punkt vorerst noch unerledigt, so muß dem Texte des Gesetzes entsprechend die Vermutung des Abs. 2 eintreten und die Einwilligung des Prinzipals als erteilt angesehen werden. Dieser kann sich in einem solchen Falle nicht darauf berufen, daß er gegen die Fortsetzung des Betriebes Einspruch erhoben habe, daß eine Einwilligung seinerseits weder gewollt noch gegeben sei. Das Wesentliche bei der Erörterung der Frage ist, daß er sich über die Aufgabe des Handelsgewerbes mit seinem künftigen Angestellten ausdrücklich, d. h. in unzweideutiger, den beiderseitigen Willen erhellender Weise einig werde; besteht er trotz seines Wissens nicht auf der Einstellung, unterläßt er es, sie zur Vorbedingung des abschließenden Vertrages zu machen, so involviert seine passive Haltung eine stillschweigende Zustimmung. Daß bei dieser passiven Haltung die Verpflichtung des Handlungsgehilfen zum Verzicht auf seinen bisherigen Geschäftsbetrieb durch eine konkludente Handlung zum Ausdruck gebracht werden kann, halte ich mit Hering (S. 22) für ausgeschlossen.

---

[1]) Staub S. 326: „Bloßer Protest genügt hier nicht".

Auf welchem Wege der Prinzipal von dem Handelsgewerbebetrieb seines Gehilfen Kenntnis bekommt, ob er das, wie Treu und Glauben erfordern, von diesem selbst oder von anderer Seite erfährt, ist, da hierüber in dem Passus nichts Besonderes bemerkt wird, gleichgültig. Es liegt auch auf der Hand, daß in der Haltung des Geschäftsherrn, der bereits früher von der selbständigen Gewerbetätigkeit seines künftigen Angestellten gehört hat, dies aber bei Vertragsschluß nicht zur Sprache bringt, eine dolose Handlungsweise erblickt werden muß, wenn er später den Düpierten spielen und mit seinem Verbotsrecht hervortreten wollte. Doch auch hier muß bemerkt werden, daß ein gelegentliches Konkurrenzgeschäft nicht zu identifizieren ist mit einer zusammenhängenden Mehrheit, d. h. mit einem ganzen Handelsgewerbebetrieb. Die Einwilligung zu diesem letzteren braucht nicht als erteilt zu gelten, wenn ein einmaliger Verstoß gegen § 60 HGB. vom Prinzipal bei der Anstellung nicht zur Sprache gebracht wird; vielmehr ist anzunehmen, daß der Handlungsgehilfe die Vornahme solcher Geschäfte in Zukunft mit Rücksicht auf sein Dienstverhältnis, auf seine Treupflicht dem Prinzipal gegenüber unterlassen werde.[1]) Dies um so mehr, als seine Stellung doch viele andere Pflichten erzeugt, die ihm bisher nicht oblagen.

Schließlich sei noch kurz erwähnt, daß auch hier die einmal erteilte Genehmigung zum Betriebe eines Handelsgewerbes nicht widerrufen werden kann. Das Gesetz äußert sich zwar auch in diesem Falle nicht zu der Frage, die infolgedessen von Horrwitz (S. 58) und Donath (S. 40) in verschiedenem Sinne ventiliert wird, aber abgesehen davon, daß es zu einer gegenteiligen Ansicht an jedem Anhalt im Texte des Konkurrenzverbotsparagraphen fehlt, würde man gerade hier, wo sich die ganze Frage der Zustimmung zum Eigengewerbebetriebe des Angestellten bei dem Engagement noch im Fluß befindet und sehr häufig eine wesentliche Bedingung zum Zustandekommen des Dienstvertrages bildet, das gegenseitige Verhältnis zwischen Gehilfen und Prinzipal in ungerechtfertigter Weise verschieben, wollte man diesem gestatten, aus Gründen unberechenbarer Willkür oder zu spät kommender besserer Einsicht nachträglich seine Einwilligung zurückzuziehen. Und dann mag man vor allen Dingen bedenken, daß ebenso wie oben (S. 67) die einmal erteilte Zustimmung nunmehr einen Bestandteil des Dienstvertrages bildet, der einseitig nicht abgeändert werden kann.

Hat jedoch der Prinzipal etwas gegen die objektive Existenzberechtigung des fortbestehenden Handelsgewerbes seines An-

[1]) Dies ist die Ansicht von Goldmann S. 298; Lehmann-Ring S. 158; Makower S. 198 u. Mayer S. 40.

gestellten einzuwenden, bestreitet er überhaupt, daß er seine Zustimmung hierzu bei Abschluß des Vertrages gegeben habe, behauptet er im Gegenteil, daß ausdrücklich die Aufhebung des Geschäftsbetriebes von ihnen gemeinschaftlich ausgemacht worden sei, so ist er für diese Behauptung beweispflichtig. Abgesehen von dieser Sonderbestimmung des § 60 Abs. 2 fällt sonst dem Handlungsgehilfen die Beweislast für die Tatsache zu, daß er die Einwilligung (bezw. Genehmigung) des Geschäftsherrn zu einer konkurrierenden Tätigkeit in seinem Warenzweige oder zu der Eröffnung eines selbständigen Handelsgewerbebetriebes erhalten habe.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.